



# UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

## TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Estado de la regulación del vientre de alquiler en España:  
panorama actual y expectativas de futuro.

Autor/es

LAURA CARCEDO GARCÍA

Director/es

M<sup>a</sup> RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2019-20



***Estado de la regulación del vientre de alquiler en España: panorama actual y expectativas de futuro.,*** de LAURA CARCEDO GARCÍA

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor, 2020

© Universidad de La Rioja, 2020

[publicaciones.unirioja.es](http://publicaciones.unirioja.es)

E-mail: [publicaciones@unirioja.es](mailto:publicaciones@unirioja.es)



**UNIVERSIDAD  
DE LA RIOJA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**CURSO 2019/2020**

**GRADO EN DERECHO**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**TÍTULO**

Estado de la regulación del vientre de alquiler en España: panorama actual  
y expectativas de futuro.

**AUTORA**

Laura Carcedo García

**TUTORA**

Roncesvalles Barber Cárcamo

## **Estado de la regulación del vientre de alquiler en España: panorama actual y expectativas de futuro.**

### **RESUMEN**

La prohibición de la maternidad subrogada recogida en el art. 10 LTRHA no ha impedido a muchos ciudadanos españoles recurrir a tal práctica en Estados donde su realización está permitida. Este fenómeno ha dado lugar a un conflicto normativo en varios países sobre la licitud de la inscripción de los menores nacidos mediante vientre de alquiler cuando se trata de un procedimiento prohibido. Partiendo del estudio de la norma general sobre filiación, el texto analizará las decisiones administrativas y judiciales decisivas para el establecimiento de una doctrina unánime en el tratamiento de la gestación subrogada, tanto en el plano interno como en el internacional, así como la dificultad de admitir en España una regulación permisiva y a la vez respetuosa con los derechos de las partes involucradas.

### **Surrogate pregnancy in Spain: current outlook and future expectations.**

#### **ABSTRACT**

The art. 10 LTRHA reflects the interdiction of surrogate motherhood; nevertheless, the precept has not been able to restrain Spanish citizens from travelling to different States where the method is allowed in order to get a child of their own. This phenomenon has caused a legal confrontation in several countries, most of them based on the legality of inscribing the minors born through surrogacy, even when it is a forbidden procedure. Starting from the analysis of Filiation Law, this paper will study the administrative and judicial resolutions for the determination of an unanimous doctrine surrounding surrogate motherhood, both in Spanish and international law, as well as the difficulties of admitting a system in Spain that can be both permissive and respectful with every person involved in the deal.

## **ABREVIATURAS**

<b>Art.</b>	Artículo
<b>CC</b>	Código civil
<b>CDN</b>	Convención sobre los Derechos del Niño de 1989
<b>CE</b>	Constitución Española de 1978
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<b>CP</b>	Código penal
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>FGE</b>	Fiscalía General del Estado
<b>IDGRN</b>	Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>LJV</b>	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
<b>LOPJM</b>	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LRC/1957</b>	Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil
<b>LRC/2011</b>	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
<b>LTRA</b>	Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida
<b>LTRHA</b>	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
<b>PL</b>	Proposición de Ley
<b>RDGRN</b>	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>RRC</b>	Reglamento de la Ley del Registro Civil de 1958
<b>STEDH</b>	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>UE</b>	Unión Europea

## ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. Determinación de la maternidad en el Derecho español.....	6
2.1. La regla <i>mater semper certa est</i> .....	6
2.2. El artículo 10 LTRHA: ¿prohibición o ausencia de efectos?.....	8
2.3. Panorama reciente en España: de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN a la STS de 6 de febrero de 2014.....	10
3. La incidencia del interés del menor.....	12
3.1. Concepto jurídico indeterminado o subterfugio.....	12
3.2. Supuestos sin amparo en la norma ni en la práctica administrativa vigente.....	15
3.3. Comparación entre adopción y maternidad subrogada.....	19
4. Jurisprudencia clave del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	21
4.1. Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia.....	22
4.2. Paradiso y Campanelli c. Italia.....	25
5. Propuesta de regulación en España: la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.....	29
5.1. El supuesto derecho a procrear.....	29
5.2. La difícil armonización de altruismo y anonimato.....	30
5.3. Los derechos de la gestante.....	31
5.4. El establecimiento de la filiación.....	32
6. Conclusiones.....	32
7. Bibliografía.....	34

## 1. Introducción

La aparición y extensión desde las dos últimas décadas del siglo XX de las técnicas de reproducción asistida han generado un profundo debate dentro del ámbito del Derecho privado, con consecuencias en torno al modo en que el régimen de filiación tradicional debe adaptarse a las nuevas formas de reproducción humana. Si bien es cierto que algunas de estas técnicas, reguladas en España desde la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, han sido plenamente aceptadas a nivel social, queda una, también incluida en dicha norma, que presenta diversos conflictos en cuanto a su admisión y sus efectos.

Hablamos de la gestación por sustitución, práctica cuya definición no es unánime para la doctrina por la polémica que suscita entre quienes abogan por su admisión y quienes la rechazan. Si nos inclinamos por recurrir al argumento de autoridad, qué mejor que incluir la definición propuesta por el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, por el cual «la gestación subrogada se da cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad»<sup>1</sup>. Tales palabras no son inocuas, y responden tanto a las conclusiones alcanzadas por este organismo como al análisis que se realizará más adelante en el presente texto.

Lo que parece evidente, pese a todo, es que se ha generado un debate que ha trascendido el ámbito académico para instalarse en la sociedad: es habitual que los medios de comunicación informen periódicamente sobre personajes conocidos que han acudido a esta vía para cumplir su deseo de ser padres, como también lo es que se dé a conocer la falta de previsión legal que rodea la cuestión<sup>2</sup>, a través de la cual se posibilita que un contrato nulo en el ordenamiento jurídico español (según el art. 10 LTRHA) surta plenos efectos en él. A ello se añade la escasez de datos oficiales sobre el número de nacimientos inscritos en el Registro Civil que han tenido lugar mediante esta técnica, que inciden en la incertidumbre existente alrededor de la gestación por sustitución.

Así pues, el Ministerio de Justicia, de quien depende el Registro Civil (art. 2.1 LRC/2011) no arroja cifras ni ningún otro dato concerniente al tema; tampoco los ofrece públicamente el Ministerio de Asuntos Exteriores, cuyas misiones diplomáticas están a cargo de las Oficinas Consulares del Registro Civil (art. 23 LRC/2011). El único atisbo de información oficial fue fruto de la pregunta al Gobierno formulada en 2017 por la diputada Ángeles Álvarez: el Ministerio de Exteriores reconoció en su respuesta que había tenido conocimiento de 948 casos inscritos entre 2010 y 2016 en las Oficinas Consulares<sup>3</sup>, a los que posiblemente habría que añadir los inscritos en España.

---

<sup>1</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017: 6).

<sup>2</sup> Por ejemplo, la decisión del Consulado de España en Kiev, que ha denegado en varias ocasiones la inscripción de los niños nacidos a través de esta técnica en Ucrania. Noticia de El País: *Exteriores pide explicaciones a la Embajada en Kiev por denegar el registro de vientres de alquiler* ([https://elpais.com/sociedad/2019/02/14/actualidad/1550158625\\_238481.html](https://elpais.com/sociedad/2019/02/14/actualidad/1550158625_238481.html), consultado el 24/02/2020).

<sup>3</sup> Noticia de El País: *El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania* ([https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337\\_622133.html](https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html), consultado el 24/02/2020).

La situación es compleja, y pone de manifiesto la división en dos bloques de opinión que se pronuncian sobre los numerosos aspectos que dan forma a esta práctica, que van desde la afectación de la dignidad de la mujer que presta su cuerpo para gestar para otros hasta la discusión de qué se ajusta mejor al superior interés del menor, pasando por lo concerniente a la necesaria relación de filiación que debe establecerse para el niño. La realidad que tiene lugar en España demuestra que urge una regulación más precisa del asunto (o quizá simplemente la aplicación de la norma vigente), la cual desemboca, inevitablemente, en la decisión de lo que consideramos más ajustado a nuestros valores, para lo cual se requiere un posicionamiento con una reflexión previa que comienza desde el mismo uso del lenguaje, es decir, desde que decidimos cómo nombramos tal práctica.

La discusión terminológica aparece en muchos de los estudios dedicados a la cuestión, y previene sobre cuáles son los argumentos que va a presentar el autor a lo largo de su discurso: por ejemplo, LAMM se decanta por *gestación por sustitución* al entender que es la expresión que mejor se ajusta a la técnica, mientras que rechaza otras como *maternidad subrogada* o *vientre de alquiler*<sup>4</sup>, ambas cargadas de valores emocionales: la primera transmite que la gestante es la auténtica madre del niño, mientras que la segunda supone la escisión del cuerpo de la mujer en una serie de partes comerciables. En un sentido similar se expresan asociaciones y agencias intermediarias, que consideran que el término *vientre de alquiler* supone «un vulgarismo y una falta de respeto para las mujeres que deciden llevar a término un embarazo para otra familia»<sup>5</sup>.

Es cierto que la expresión *vientre de alquiler* implica una degradación de la mujer hasta el punto de convertirla en un útero, en una incubadora al servicio de quien pueda pagar por su uso. También es posible que este no sea el término que mejor refleje en qué consiste verdaderamente esta práctica<sup>6</sup>, y que una calificación así no merezca exceder de un registro de habla coloquial. Y, sin embargo, entendemos que es el más acertado (y por ello es el que se empleará en este texto), precisamente por su carácter de vulgarismo, porque expone a la perfección un concepto de mujer cosificada hasta el extremo de que solo resulta valioso de ella para el mercado su capacidad para gestar.

De este modo, el presente trabajo se dedicará a estudiar algunos de los puntos fundamentales que permiten comprender cómo la práctica del vientre de alquiler está accediendo a España mediante inscripción de los niños nacidos en el Registro Civil, incluyendo las opciones manejadas en nuestro país, con propuesta de regulación incluida, así como la jurisprudencia europea.

---

<sup>4</sup> Dentro de su posición favorable a la admisión de la gestación por sustitución, la autora opta por la fórmula que aparece en la mayor parte de los textos legales y que carece de la carga moral de las otras dos (LAMM, 2013: 26).

<sup>5</sup> Declaraciones de Marcos JORNET, portavoz de la asociación Son Nuestros Hijos, recogidas en *El debate comienza con el nombre: ¿vientres de alquiler, gestación subrogada o por sustitución?*, de eldiario.es ([https://www.eldiario.es/sociedad/Vientres-alquiler-gestacion-subrogada-comienza\\_0\\_928457752.html](https://www.eldiario.es/sociedad/Vientres-alquiler-gestacion-subrogada-comienza_0_928457752.html) consultado el 24/02/2020).

<sup>6</sup> ARECHEDERRA ARANZADI (2018: 30-31) argumenta que la expresión no es acertada en cuanto a que el mero acto de gestar no pone fin al contrato, sino que ello tiene lugar con la entrega del niño, es decir, con su adquisición.



## 2. Determinación de la maternidad en el Derecho español

La llegada a España de menores desde países que han permitido la práctica de los vientres de alquiler, tanto comercial como altruista, ha supuesto un grado superior de quiebra de los principios sobre los que tanto tiempo se había asentado el Derecho de filiación. Partiendo de que esta técnica sí se ha regulado en España (para prohibirla) en el art. 10 LTRHA, los diferentes operadores jurídicos se han visto en la obligación de dar respuesta a la situación de los niños encargados por españoles, por su condición de bien jurídico a proteger, con los medios legales que provee la norma, desgranados en los epígrafes siguientes.

### 2.1. La regla *mater semper certa est*

La base del Derecho de filiación se remonta al Derecho romano, que estableció el principio tradicional sobre determinación de la maternidad del recién nacido, por el cual *mater semper certa est* (*et pater est quem nuptiae demonstrant*): la maternidad queda determinada por el parto, el único hecho cierto que vincula al nacido con la madre que lo gestó, frente a la incertidumbre que puede existir sobre la identidad del padre, y que, por efecto de la presunción de paternidad, será el cónyuge de la madre. El ordenamiento jurídico español se adhiere al criterio mencionado en los supuestos de filiación matrimonial: se atribuye la filiación materna en función del parto<sup>7</sup>, y la paterna deriva de la presunción de paternidad del marido (art. 116 CC).

Como se puede observar en este esquema, maternidad y paternidad difieren en cuanto al modo de determinación, aunque no en lo que concierne a los efectos jurídicos que despliegan (arts. 109 y 110 CC): mientras que la filiación paterna es susceptible de quedar sujeta a un criterio ajeno al biológico (presunción de paternidad en la filiación matrimonial, e incluso reconocimiento en la no matrimonial), la materna únicamente queda probada por el hecho fisiológico que la constituye, que es el parto, con independencia del estado civil de la madre<sup>8</sup>. Queda excluida de esta forma la voluntad como factor de interés a la hora de establecer la filiación biológica, y en concreto la materna.

Presentada la idea abstracta sobre la que debería apoyarse la mecánica de la determinación de la maternidad, en realidad el Código civil recurre, como en la filiación paterna, a la distinción de la materna en función del estado civil de la madre, cuando el vínculo esencial que respalda su filiación viene dado por un evento al que poco le importa que la mujer esté casada o no. Esta tesis, además, se refleja en la norma registral, y mantiene la dicotomía entre filiación matrimonial y no matrimonial en el procedimiento para practicar la inscripción de nacimiento.

La determinación de la filiación materna matrimonial es la que más se aproxima al principio *mater semper certa est*, aunque la norma aún guarda ciertos elementos que hacen que no se

---

<sup>7</sup> La primera inclusión expresa del principio *mater semper certa est* en un cuerpo legal español tuvo lugar con la redacción del art. 10.2 LTRA, en 1988 (VILAR GONZÁLEZ, 2018: 62-63). Resulta curioso, aunque quizá se deba a la voluntad de evitar tautologías sobre una verdad aparentemente evidente en épocas en las que la concepción era, en exclusiva, consecuencia del acto sexual. También es posible que el principio pudiera deducirse del resto de normas que conforman el sistema de filiación español.

<sup>8</sup> RIVERO HERNÁNDEZ (1997: 12).

cumpla en su totalidad. De este modo, el art. 115 CC establece que la filiación materna queda determinada por la inscripción del nacimiento junto a la del matrimonio de los padres, aun cuando es evidente que una inscripción no avala el hecho que vincula de verdad a madre e hijo<sup>9</sup>.

En este punto es necesario dirigirse a la norma registral: el art. 47 LRC/1957 señala que en la inscripción de nacimiento se hará constar la filiación materna, para lo cual se requiere declaración y parte facultativo que la respalde. Aunque el precepto no lo enuncie expresamente, el supuesto responde a una inscripción practicada dentro de plazo, ya que el procedimiento de entrada se basa en la declaración. En cambio, si se solicita fuera de plazo, el trámite variará, pero no el fundamento del título a registrar; el art. 312 RRC implica que se lleve por la vía del expediente, que exige la aportación de parte sobre la identidad del nacido y toda circunstancia que sea relevante, es decir, una prueba del alumbramiento<sup>10</sup>.

En cuanto a la filiación no matrimonial, lo que se deduce del art. 120.5º CC es que, mientras la inscripción de nacimiento se realice dentro de plazo, se ajustará a lo que dicta el primer párrafo del art. 47 LRC/1957, de modo que, igual que si hay matrimonio, se practicará cuando concorra declaración y parte médico que certifique el parto. Pero tanto el procedimiento como el título de inscripción cambian si tiene lugar fuera de plazo, de manera que el parto se convierte casi en un aspecto circunstancial que tiene que valorar un tercero.

La doctrina administrativa de la DGRN apunta que, en supuestos de filiación no matrimonial, lo que corresponde es incoar el expediente gubernativo del art. 49 LRC/1957, que requiere también prueba de que ha tenido lugar el parto. Pero, en este caso, el título que accede al Registro no se basa en el alumbramiento, sino en la resolución favorable de dicho expediente, de manera que, si se formula oposición, no podrá entrar en el Registro, sino que tendrá que iniciarse un proceso judicial que culmine con la orden de inscribir la filiación correcta<sup>11</sup>.

La filiación materna, aunque con diferencias basadas en circunstancias ajenas al parto, queda decretada en cualquier caso siempre que haya prueba de este, y figura siempre en la inscripción de nacimiento, aunque se prevé el acceso restringido a esta información cuando la madre lo solicite y medie justificación, según el art. 44.4 LRC/2011<sup>12</sup>. Este presupuesto no contiene en ningún caso un paso más para introducir la maternidad subrogada en España, porque la filiación sí se establece, pero los datos de la madre no serán objeto de publicidad.

En oposición a la norma española, los pactos que sustentan los contratos de alquiler de vientres, por los cuales se entregará el niño a los comitentes, implican una ruptura absoluta con la regla fundamental de determinación de la maternidad, un hecho que la identifica frente a las demás técnicas de reproducción asistida admitidas en la LTRHA, en las que se mantiene la regla *mater semper certa est*. La maternidad en la filiación biológica no puede asumirse sin que haya mediado parto<sup>13</sup>, de lo cual se extraen dos conclusiones: queda excluida la voluntad como título

---

<sup>9</sup> Aunque sí se pueda aplicar a la determinación de la filiación paterna, habida cuenta de que rige la presunción de paternidad del marido de la madre (116 CC).

<sup>10</sup> BARBER CÁRCAMO (2013b: 131-132).

<sup>11</sup> BARBER CÁRCAMO (2013b: 178).

<sup>12</sup> QUICIOS MOLINA (2019: 11).

<sup>13</sup> Excepto en supuestos de doble maternidad (art. 7.3 LTRHA).

de determinación de filiación biológica materna; y el factor natural al que se atenderá en todo caso será la gestación, no el origen de los gametos<sup>14</sup>.

Todo lo descrito en estas líneas se refiere a la maternidad universalmente comprendida, es decir, aquella que se genera a lo largo de un proceso biológico que culmina con el alumbramiento de un hijo por parte de la mujer que lo gesta. Existe, no obstante, una excepción a la regla, admitida en el ordenamiento jurídico español desde 2007: hablamos del supuesto de la doble maternidad, regulado en el art. 7.3 LTRHA, ajeno a la realidad biológica y basado por entero en la voluntad como título de filiación de la madre que no ha gestado. Para inscribirla es suficiente con una declaración de la cónyuge de la madre en favor del establecimiento de tal filiación, con independencia de la forma en que se haya concebido el niño.

## **2.2. El artículo 10 LTRHA: ¿prohibición o ausencia de efectos?**

Como ya se ha dicho antes, y frente al argumento de las corrientes favorables a la legalización de los vientres de alquiler, que reclaman una regulación en España de esta figura, nuestro ordenamiento jurídico sí contiene una norma expresa sobre la misma, incluida en el art. 10 LTRHA. En él se establece que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero» (art. 10.1 LTRHA), y consagra el principio *mater semper certa est* (art. 10.2 LTRHA), dejando a salvo una posible acción de reclamación de paternidad del padre biológico (art. 10.3 LTRHA).

A pesar de la claridad de la redacción de dicho artículo, son varias las dudas que plantea, en especial en lo que se refiere a la validez y eficacia del contrato, es decir, si se entiende que ha sido prohibido de forma expresa o si sencillamente no despliega efecto alguno, dos posturas que han generado opiniones diversas en la doctrina<sup>15</sup>. En cualquier caso, son varios los elementos que nos llevan a contemplar el contrato de vientre de alquiler como un negocio jurídico ilegal, comenzando con la nulidad de pleno derecho que le otorga de manera explícita el art. 10.1 LTRHA.

Por otro lado, la propia LTRHA prevé un conjunto de actuaciones que quedan tipificadas como infracciones en su art. 26, a las que asigna su correspondiente sanción en el art. 27. No resulta descabellado deducir que una infracción sólo puede derivar de la comisión (u omisión) de una actuación prohibida, de ahí que se tome el contrato de vientre de alquiler como un negocio prohibido: así, el art. 26.2.c.2º LTRHA tipifica como infracción muy grave «la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo». Si la práctica del vientre de alquiler no aparece en el anexo, entonces será una actuación prohibida.

No obstante, con independencia de las sanciones administrativas recogidas en la LTRHA, se puede deducir la prohibición de estos contratos como consecuencia del conjunto del

---

<sup>14</sup> BARBER CÁRCAMO (2013b: 133).

<sup>15</sup> En defensa del sentido prohibitivo del contrato se hallan, entre otros muchos, VAQUERO PINTO (2018: 235) y Á. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2019: 751-752). Favorables a la ausencia de efectos jurídicos sin que se considere un negocio prohibido se posicionan, por ejemplo, ATIENZA RODRÍGUEZ (2009) y FARNÓS AMORÓS (2016: 210).

ordenamiento jurídico<sup>16</sup>, para lo cual es necesario un análisis de su naturaleza, una cuestión también polémica a nivel doctrinal. La tesis que resulta más adecuada es la propuesta por ARECHEDERRA ARANZADI<sup>17</sup>, que defiende su encaje en la categoría de la compraventa: una mujer gesta un niño, que es entregado a los comitentes inmediatamente después del nacimiento a cambio de una cantidad de dinero<sup>18</sup>.

En este sentido, el autor reflexiona sobre la obligación que contrae la gestante y hasta dónde abarca la prestación a la que se ha comprometido. Así, describe el desarrollo del negocio jurídico a partir del nacimiento: la mujer no se libera de su obligación con la mera gestación, sino que a ella le debe seguir el traspaso de la filiación para que quede inscrita en favor de los comitentes. De esta manera, lo que ocurre es que «estamos ante una filiación comprada y con la filiación compramos el hijo»<sup>19</sup>.

Con los datos que se acaban de presentar parece evidente que el contrato de vientre de alquiler no resulta admisible para nuestro ordenamiento jurídico porque vulnera el orden público por varias razones ligadas al Derecho civil, ya que tanto el objeto (art. 1271 CC) como la causa (art. 1274 CC) son ilícitos<sup>20</sup>. La sanción prevista es la del art. 6.3 CC, la nulidad de pleno derecho, consecuencia de «actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas». Y es que semejante efecto se explica por la oposición de la totalidad del contrato a uno de los valores que construyen el orden público, que es la dignidad de la persona<sup>21</sup>.

El concepto de dignidad, y especialmente cuando afecta a temas como el que se está tratando, tiende a diferir en función de factores como la ideología o la cultura. El art. 10 CE puede dejar cierto margen de interpretación en lo que a dignidad de la gestante se refiere, y por ello quienes apoyan la admisión de los vientres de alquiler inciden en que esta práctica empodera a la mujer como sujeto que debe poder decidir libremente sobre su cuerpo, también como fuente de ingresos<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> BARBER CÁRCAMO (2013a: 2940) indica que «el artículo 10 LTRHA no es un obstáculo legal único y puntual, sino un elemento más concorde con otras normas constitucionales, penales, civiles y registrales, cuya inspiración y fundamento comunes permiten a un ordenamiento presentarse como un sistema armónico».

<sup>17</sup> ARECHEDERRA ARANZADI (2018: 68-78). De ahí el rechazo del autor a la denominación *vientre de alquiler*.

<sup>18</sup> Para FARNÓS AMORÓS (2016: 228), en cambio, la asimilación de la gestación subrogada a la compraventa de niños es “desafortunada” porque en la primera hay un «acuerdo previo a la concepción entre la gestante y la parte comitente», mientras que en la segunda «se comercia con un ser que ya ha nacido». No obstante, no es difícil imaginar una compraventa basada en un objeto futuro (un edificio en construcción, por ejemplo), e incluso es una opción mencionada en el art. 1271 CC. El razonamiento de la autora es, como mínimo, un tanto frágil.

<sup>19</sup> ARECHEDERRA ARANZADI (2018: 71).

<sup>20</sup> VAQUERO PINTO (2018: 236).

<sup>21</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009: 2).

<sup>22</sup> LAMM (2013: 243-244) se acoge al modelo de feminismo “liberal” que defiende la libertad de la mujer como individuo para hacer su voluntad en lo que se refiere a cuestiones reproductivas, en una dirección similar a la que defiende el único partido político español que aboga por la aceptación de los contratos de vientre de alquiler, Ciudadanos. Por el contrario, BALAGUER CALLEJÓN (2017: 176) afirma que lo relevante no es el interés particular, sino el «estatus que una mujer adquiere en el conjunto social», que queda reducido a una función reproductiva si se tolera la práctica de la maternidad subrogada.

Más complejo parece adecuar la dignidad del niño con un contrato que lo convierte en objeto de transacción, porque de lo que no cabe duda es de que sí se comercia con él. Como ya se ha dicho, la labor de la mujer no se limita a gestar, sino que debe entregar lo gestado a los comitentes y renunciar a su filiación materna<sup>23</sup>. Porque lo gestado no es otra cosa que una persona, con todos los derechos que le corresponden, que no pueden ser compatibles con ser caracterizado como objeto de una obligación.

### **2.3. Panorama reciente en España: de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN a la STS de 6 de febrero de 2014**

La gestación por sustitución es una práctica prohibida en España, lo cual no ha evitado que muchos ciudadanos españoles salgan de sus fronteras con el ánimo de contratar un vientre de alquiler y satisfacer su deseo de tener descendencia genéticamente propia cuando no es posible por la vía habitual. Fruto de este turismo reproductivo han llegado a los Registros Civiles consulares numerosas peticiones de inscripción de niños nacidos en el extranjero a través de esta práctica, dando lugar a un conflicto normativo en el que se han enfrentado la administración pública y el poder judicial.

El origen de la polémica se sitúa en 2008, tras la petición de una pareja de inscribir a dos niños nacidos mediante gestación subrogada en California, cuya regulación en la materia admite la variante comercial y es una de las más permisivas. A pesar de que se aportó una serie de documentos que incluían sendos certificados de nacimiento en los que el matrimonio comitente, formado por dos varones, constaba como padres de los menores, el encargado del Registro consular de Los Ángeles denegó la inscripción, con base en dos normas: el art. 23 LRC/1957, por el cual las inscripciones se podrán practicar en los Registros consulares con certificados extranjeros mientras sean conformes con la legalidad española; y el art. 10 LTRHA, que prohíbe el alquiler de vientres.

El auto de denegación fue recurrido por los interesados ante la DGRN, que ordenó la práctica de la inscripción, argumentando que lo relevante en el supuesto es que las certificaciones extranjeras hayan sido emitidas por una entidad que realice funciones semejantes a sus homólogas españolas. La Resolución elude el enjuiciamiento sobre la conformidad de dichos documentos con el orden público español, y aduce dos razones de no discriminación para inscribir a los niños obviando la legislación nacional: la admisión de la adopción por parejas homosexuales y de la filiación en favor de dos mujeres.

El argumento de los recurrentes, aceptado por la DGRN, tiene su base en las dos modificaciones legislativas del presente siglo más relevantes en lo que ocupa al Derecho de familia. La primera es la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que admite que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí; introduce, además, el acceso a la adopción en igualdad de condiciones para matrimonios homosexuales. La segunda es la reforma del art. 7.3 LTRHA, realizada a través de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, por la que la cónyuge de la madre biológica puede manifestar su

---

<sup>23</sup> Esta es una conclusión que se puede alcanzar desde cualquier perspectiva, y se desprende de definiciones propuestas tanto por autores favorables a la gestación subrogada (VILAR GONZÁLEZ, 2018: 29) como contrarios (COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, 2017: 6).

voluntad de que se determine a su favor la filiación del nacido, en un supuesto de doble maternidad<sup>24</sup>.

Ambas modificaciones normativas, consecuencia tanto de los avances científicos como del cambio social en cuanto a la idea de familia, rompen con el esquema tradicional que sostiene el Derecho de filiación. Pero ninguna es comparable con la maternidad subrogada, ya que no son negocios jurídicos que incorporan al mercado tanto a la mujer como al menor, y por ello están admitidas en la ley, con independencia de las críticas sobre técnica jurídica o ideología que puedan suscitar. La alusión a la discriminación por parte de los comitentes no tiene sentido porque la adopción y la doble maternidad son situaciones distintas a la gestación subrogada y merecen, por tanto, un tratamiento distinto<sup>25</sup>.

La impugnación de la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN por el Ministerio Fiscal recondujo el asunto a la vía judicial, que culminaría con la STS de 6 de febrero de 2014. No obstante, ante el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, que revocó dicha Resolución y dejó sin efecto la inscripción de nacimiento, la DGRN emitió la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en la que enumeró los requisitos para el acceso al Registro Civil de los nacidos mediante vientres de alquiler.

El sentido de los criterios de la Instrucción es de carácter puramente formal, y de este modo la DGRN admite la práctica de la inscripción a través de resolución judicial de tribunal competente que reconozca la filiación de los comitentes, la cual deberá ser sometida a exequátur salvo que tenga origen en un procedimiento análogo a los procesos de jurisdicción voluntaria españoles, cuyo control deberá ser realizado (con amplio margen de discrecionalidad) por el encargado del Registro para garantizar la regularidad del proceso, los derechos de las partes y el interés superior del menor. En segundo lugar, rechaza otro tipo de certificaciones distintas a las que tengan carácter judicial. Con todo, no aparece ninguna mención de garantía de conformidad con el orden público español ni con su legislación, a pesar de ser un requisito fundamental según el art. 23 LRC/1957.

La STS de 6 de febrero de 2014 cerró el conflicto sobre la cuestión, esgrimiendo una serie de argumentos que terminaron por impedir el acceso al Registro Civil de la inscripción de nacimiento de los nacidos en el extranjero vía gestación subrogada. El tema central es el reconocimiento del título extranjero para practicar la inscripción: el art. 85 RRC exige que sea regular y auténtico con el fin de que las garantías sobre el mismo sean análogas a las que corresponden a títulos de inscripción españoles, un factor que podrían cumplir los documentos presentados por los recurrentes. Sin embargo, el Tribunal subraya la exigencia que contiene el art. 23 LRC/1957, de adecuación a la legislación y al orden público españoles, cuyo control queda

---

<sup>24</sup> QUICIOS MOLINA (2018: 189-190) señala que el vínculo entre el nacido y la cónyuge de la madre responde a un título de determinación legal de la maternidad cuya naturaleza no encaja ni en la filiación natural ni en la adoptiva (art. 108 CC). La base de dicha filiación no es otra que una declaración de voluntad, aunque, a diferencia de otras (el reconocimiento), no puede coincidir de ningún modo con la verdad biológica sobre la cual se sostiene, en principio, el conjunto del Derecho de filiación.

<sup>25</sup> Lo que sí es llamativo (y discriminatorio) es que se denegara por primera vez la inscripción de niños en 2008 (tarde) y a una pareja homosexual: si los primeros casos de alquiler de vientres fueron en los años ochenta, es extraño que no hubiera antes otras parejas españolas (heterosexuales) que hayan inscrito menores nacidos de esta forma sin que la autoridad registral presentara inconveniente.

en manos del encargado del Registro. Concluye la sentencia que, aunque los títulos cumplan los requisitos formales, no se puede obviar su oposición a la norma española, por cuanto son el resultado de un procedimiento reproductivo que ha vulnerado la dignidad de la madre y del hijo, convirtiéndolos en objeto de mercado.

La línea argumental de la sentencia determina que la filiación de los comitentes en base al título de filiación californiano no puede ser reconocida, dada la norma del art. 10 LTRHA. Pero, con el ánimo de no dejar desprotegidos a los menores, el fallo contiene la petición al Ministerio Fiscal para ejercitar las acciones que correspondan y fijar la correcta filiación de los niños, que se traduce en lo siguiente: la acción de reclamación de paternidad de la parte que aportó los gametos, según las reglas generales (art. 10.3 LTRHA); y el inicio de un proceso de adopción del cónyuge del padre biológico (arts. 33 y ss. LJV; arts. 176 y ss. CC).

La sentencia del Tribunal Supremo estableció la contrariedad de las inscripciones de filiación de los nacidos mediante vientre de alquiler, así como la vía a seguir para que los menores no queden sin la filiación que por derecho les corresponde. A pesar de ello, la DGRN ordenó en la Circular de 11 de julio de 2014 que no se aplicara tal doctrina y que se mantuvieran las indicaciones de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 para inscribir menores en los Registros Consulares<sup>26</sup>. De este modo, acceden al Registro todas aquellas solicitudes que presentan sentencia de tribunal extranjero que acredite la filiación de los comitentes (que son las que proceden de Estados Unidos), pero no las que incluyen certificados registrales extranjeros<sup>27</sup> (es el caso de Ucrania, India, Georgia o Rusia).

En el final del relato destaca el hecho de que, a pesar del sentido de la STS, aún se están produciendo inscripciones de nacimiento en el Registro Civil español de menores nacidos vía vientre de alquiler. La desobediencia de la DGRN al poder judicial es clara, así que cabría esperar una actuación del organismo encargado de velar por el cumplimiento de la legalidad, el Ministerio Fiscal. No parece que la Fiscalía General del Estado haya instado a sus fiscales a actuar a través de los distintos instrumentos de comunicación interna de los que dispone, aunque ha puesto de manifiesto su preocupación por el estado de la cuestión en las Memorias de la FGE de 2016 y 2017, en las que se suma al criterio establecido por el Tribunal Supremo. Con todo, su línea argumental no se ha traducido en una actuación concreta para impugnar las inscripciones de nacimiento que se siguen practicando hoy.

### **3. La incidencia del interés del menor**

#### **3.1. Concepto jurídico indeterminado o subterfugio**

Los contratos de vientre de alquiler, como fuentes de obligaciones de resultado que son, dan lugar a un objeto del que el Derecho debe hacerse responsable para responder a las situaciones generadas por su peculiar circunstancia. La cuestión es que no hablamos de un objeto cualquiera, sino de una persona, con todos los derechos de los que goza desde su nacimiento (art. 29 CC), que además es menor de edad, de modo que cuenta con un matiz especial de

---

<sup>26</sup> Lo demuestran recientes Resoluciones de la DGRN: así, las RRDGRN 27/2018, de 18 de mayo de 2018, y 1/2017, de 27 de octubre de 2017.

<sup>27</sup> RRDGRN 2/2017 y 3/2017, de 10 de noviembre de 2017; 27/2018 y 36/2018, de 6 de abril de 2018, entre otras.

protección dada su vulnerabilidad. El Derecho, atendiendo a este factor, se sirve de una noción propia de todas aquellas normas dedicadas a un sujeto peculiar, como es el interés superior del menor.

El interés del menor pertenece a la categoría de “concepto jurídico indeterminado”, de manera que acertar a dar una definición es complejo porque, más que un contenido delimitado, lo que esconde es un elemento de modulación que debe estar presente tanto en el momento de legislar como en la aplicación de la norma a supuestos reales, todo ello con miras a atender a las necesidades especiales de protección características del menor. La norma tampoco ofrece definiciones universales, aunque sí es un principio que menciona regularmente. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 lo recoge desde su art. 3.1: «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Dentro del ámbito nacional, la norma que más líneas dedica al interés superior del menor es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con un extenso artículo modificado a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyo fin es esclarecer su uso a los diferentes operadores jurídicos, dada la incertidumbre que puede ocasionar. Igual que la CDN, el art. 2 LOPJM destaca que «en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones [...] primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». El enunciado resume la pauta que debe servir de guía a todo sector del Derecho que gire en torno al menor, y por ello aparece repetidas veces en la norma civil<sup>28</sup>.

La aplicación del principio del interés superior del menor a situaciones reales, sin embargo, puede llegar a causar conflictos en cuanto al alcance que dicha regla debe tener. El art. 2 LOPJM trata de señalar un conjunto de circunstancias que revisten especial importancia para el desarrollo del niño (art. 2.2 LOPJM: protección de su vida e integridad física y moral, preservación de su identidad y de su vida familiar, entre otras), así como ciertos factores que deben inspirar la interpretación a la luz del interés del menor (art. 2.3 LOPJM: edad y madurez, por ejemplo). Con todo, y a pesar de la buena intención orientativa que haya podido mover al legislador a redactar dicho artículo, este puede resultar innecesario porque las situaciones y las circunstancias a valorar en cada caso son infinitas. Y ello porque un concepto como el interés superior del menor se emplea para acomodar cada caso a una pauta común, que no es otra que la protección de este.

Como apunta FEMENÍA LÓPEZ, la doctrina ha construido dos sistemas diferentes en cuanto al correcto uso del interés superior del menor<sup>29</sup>, que a su vez pueden ser observados en los dos textos que han interpretado en España la norma concerniente a la cuestión de los vientres de

---

<sup>28</sup> Por ejemplo: arts. 172, 172 ter y 173 CC, sobre guarda y acogimiento de menores en situación de desamparo; art. 178.4 CC, sobre adopción; art. 103 CC, sobre guarda y custodia de los hijos en caso de separación o divorcio de los padres.

<sup>29</sup> FEMENÍA LÓPEZ (2019: 34-40).



alquiler, con resultados dispares: la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 de un lado, y la STS de 6 de febrero de 2014 de otro.

El primero es el sistema de cláusula general<sup>30</sup>, que aboga por el estudio detallado de las características individuales de cada caso y convertir la abstracción del concepto jurídico indeterminado en una selección de aquellos elementos que tienen más importancia en el desarrollo vital del menor, de manera que prevalezcan unos sobre otros. Esta tesis, que puede facilitar en gran medida la adaptación de la norma al supuesto, parte de un defecto grave: los operadores jurídicos no suelen ser sujetos carentes de ideas propias, y se corre el riesgo de que, aun sin intención, estas se impongan en las decisiones que vayan a tomar. Además, de aquí derivan otras dos cuestiones que afectan a la seguridad jurídica, en cuanto a que puede haber consecuencias contradictorias en relación con las diversas opiniones de cada órgano de decisión, o directamente una lesión de la legalidad por tener el objetivo fijo de proteger al menor.

En este sistema se ubica la IDGRN de 5 de octubre de 2010, en la que el órgano administrativo sostiene que la finalidad última del contenido de la Instrucción es «dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor», para asegurar, en relación con el niño, tres cuestiones: la inscripción de nacimiento del niño en el Registro Civil cuando uno de los comitentes sea español; el control exhaustivo de posibles casos de tráfico de menores; y el derecho del nacido a conocer su propio origen. La Instrucción concede a la resolución judicial extranjera plenos efectos en cuanto a la determinación de la filiación, y entiende que esta es la garantía de que no haya habido abusos contra la mujer gestante, pero no realiza ninguna alusión al control de la legalidad que exige el art. 23 LRC/1957 para admitir la entrada de documentos públicos de otros países. Tampoco hay mención al art. 6.4 CC, que no exime a los actos ejecutados en fraude de ley de la aplicación de la norma que se pretende eludir, todo ello justificado siempre en la previsión de proteger el interés superior del menor<sup>31</sup>.

El segundo modelo hunde sus pilares en conceptos propios de la Teoría del Derecho, y aborda la cuestión desde la óptica de las reglas y los principios<sup>32</sup>. Las reglas se identifican con las normas que exigen un cumplimiento total, mientras que los principios se configuran como vectores que modulan la interpretación de la norma para adaptarla al contexto, sin que ello suponga su desplazamiento. El interés superior del menor se alza como un principio más, necesario para facilitar una aplicación de las reglas acorde con la protección eficaz del sujeto vulnerable, pero ello no significa que sea una norma absoluta con capacidad para imponerse sobre otras con carácter imperativo.

La STS de 6 de febrero de 2014 recoge esta tesis para fundamentar su razonamiento, al entender que el interés del menor es un principio que permite flexibilizar la norma, no retorcerla ni

---

<sup>30</sup> FEMENÍA LÓPEZ (2019: 34).

<sup>31</sup> BARBER CÁRCAMO (2013a: 2943) reproduce la tesis de la “vinculación razonable” propuesta por el Derecho Internacional Privado: «[su] existencia justificaría la existencia de ‘expectativas legítimas’ a ser reconocida en otro ordenamiento, siempre a partir de la buena fe de las partes y la intensidad de los vínculos con el sistema extranjero bajo el que se adquirió el *status*». No procede recurrir a tal concepto cuando los comitentes, a sabiendas de que la norma española es contraria a los pactos de vientre de alquiler, se escudan en un ordenamiento más permisivo para conseguir que los hechos derivados de tales acuerdos surtan efecto en España.

<sup>32</sup> FEMENÍA LÓPEZ (2019: 37).

tampoco contradecirla<sup>33</sup>, porque el ordenamiento jurídico está compuesto por otros valores primordiales amparados en la norma, como la dignidad de la persona (art. 10 CE), una categoría en la que sin duda se integra el interés del menor. Por otro lado, un concepto de contenido tan controvertido no puede ocupar un lugar dominante: una lectura superficial de distintas opiniones doctrinales permite encontrar que argumentos opuestos entre sí se acogen en muchas ocasiones a este principio precisamente por la versatilidad de su significado, algo que se traduce en un alto grado de inseguridad jurídica.

La sentencia introduce a propósito de la adaptabilidad del interés del menor una reflexión en cuanto al riesgo que corre el sistema de filiación si se acepta la tesis de los comitentes<sup>34</sup>: «los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de gestación subrogada, y están interesados en los menores»<sup>35</sup>. Una afirmación así es peligrosa porque vincula la determinación de la filiación con la situación socioeconómica de quien aspira a ser padre, dibujando un modelo en el que la familia ejemplar siempre va a ser aquella en la que abundan los recursos materiales con los que educar al hijo. Semejante aseveración implica algunas consecuencias, entre ellas la puesta en entredicho de nuestro Estado social, en el que hay una garantía de que el origen familiar no puede ser impedimento para el desarrollo pleno de los ciudadanos.

### **3.2. Supuestos sin amparo en la norma ni en la práctica administrativa vigente**

El interés del menor, como se ve, es el principio sobre el que se ha apoyado la doctrina administrativa para admitir las inscripciones de los menores nacidos por gestación por sustitución, siempre que se pueda aportar en el Registro Civil una sentencia de tribunal competente extranjero que acredite la filiación que se pretende asegurar. El procedimiento garantiza así el acceso al Registro de todos aquellos niños fruto de un contrato de vientre de alquiler celebrado en países cuya legislación prevé el control judicial del trámite, de manera que los comitentes obtienen la sentencia solicitada.

El paradigma para este supuesto es el Estado norteamericano de California, que admite tanto la variante comercial como la altruista, donde será una sentencia judicial la que determinará la

---

<sup>33</sup> STS 835/2013 de 6 de febrero, FJ 5º: «La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución».

<sup>34</sup> Un razonamiento compartido, por ejemplo, por LAMM (2013: 227), para quien «los niños nacidos como resultado de la gestación por sustitución son extremadamente queridos y, consecuentemente, son criados por padres muy comprometidos y amorosos». Los estudios sobre el desarrollo psicológico de los nacidos por esta vía seleccionados (convenientemente) por la autora ponen el acento en el escaso margen de diferencia entre estos y los nacidos por la vía habitual, aunque los niveles de bienestar más elevados se adjudican a los niños nacidos por vientre de alquiler; con todo, una afirmación tan arbitraria como la citada no concuerda con el carácter científico de la obra. En contraposición a esta tesis se posiciona el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017: 35), y alerta del riesgo que corre el menor de que sus derechos no se vean respetados en el caso de que los comitentes consideren que el producto por el que pagaron no cumple con las «expectativas por las que fue adquirido».

<sup>35</sup> STS 835/2013 de 6 de febrero, FJ 5º.

filiación que pueda derivar de un contrato de vientre de alquiler<sup>36</sup>. En otros países también se obtiene una resolución judicial, entre ellos Reino Unido y Canadá, aunque hay diferencias: son Estados que sólo han legalizado aquellos supuestos de corte altruista, de manera que el contrato en sí mismo no será vinculante, sino que es un juez quien debe establecer la filiación acordada en el pacto entre las partes mediante sentencia<sup>37</sup>. La madre gestante, de acuerdo con las normas británica y canadiense, debe dar su consentimiento una vez nacido el niño, y será entonces cuando se transfiera la filiación, pero no durante el embarazo ni tampoco en un momento previo a este.

La IDGRN de 5 de octubre de 2010, como ya se ha mencionado, otorga a la sentencia extranjera, en aras del interés del menor y con el fin de facilitar la inscripción, la cualidad de garante suficiente de que la mujer gestante no ha sido víctima de abusos ni coacciones, así como de que el nacido no haya sido objeto de tráfico de menores. En vista de que, aparentemente, basta la sentencia como mecanismo de control ante tales circunstancias, la DGRN admite en exclusiva la inscripción de nacimiento si en la petición se ha presentado dicha resolución judicial, pero no ninguna clase documento administrativo extranjero. Con estas condiciones, acceden al Registro Civil una serie de peticiones muy selectas, pero no se aceptan las demás.

A pesar de las “soluciones” propuestas por la DGRN, han aparecido en prensa en tiempos recientes varias noticias relacionadas con los problemas surgidos por la denegación de la inscripción en determinados países, con Ucrania como foco principal<sup>38</sup>, ya que su modelo normativo sobre maternidad subrogada no ofrece una sentencia que sustente la filiación que los comitentes pretenden inscribir, sino un certificado de nacimiento expedido por la autoridad ucraniana donde se declara quiénes son los padres, siempre que al menos uno de ellos haya aportado su propio material genético y den prueba de su incapacidad para concebir<sup>39</sup>. Una vez obtenido el niño, aparece la polémica sobre su inscripción en el Registro Civil español.

El conflicto adquirió mayor interés para el público general en febrero de 2019, dada la situación de varias parejas españolas a las que el Registro consular de la embajada de Kiev les había denegado la práctica de la inscripción porque sus solicitudes únicamente incluían certificado de nacimiento y, si acaso, prueba de ADN que demostraba el vínculo genético del padre con el menor. La DGRN, con la voluntad de autorizar la inscripción, emitió su Instrucción de 14 de febrero de 2019, por la cual se admitía la entrada en el Registro cuando se entregaran los dos documentos ya citados: certificado de nacimiento y prueba de paternidad<sup>40</sup>. Este trámite permitiría, primero, la entrada en suelo español de las familias con los menores, para iniciar con posterioridad un procedimiento judicial para establecer la filiación adoptiva de la madre sobre el niño<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> LAMM (2013: 190-191).

<sup>37</sup> VILAR GONZÁLEZ (2018: 213).

<sup>38</sup> Noticia de El País: *El Gobierno cierra la vía a registrar bebés de vientres de alquiler en Kiev* ([https://elpais.com/sociedad/2019/02/19/actualidad/1550570978\\_831692.html](https://elpais.com/sociedad/2019/02/19/actualidad/1550570978_831692.html), consultado el 31/03/2020).

<sup>39</sup> LAMM (2013: 176-177).

<sup>40</sup> NANCLARES VALLE (2020: 36).

<sup>41</sup> El procedimiento descrito en este párrafo es el que actualmente se cita en las páginas web de las agencias mediadoras de gestación por sustitución para que el trámite parezca sencillo, cuando la realidad jurídica es bien distinta. Se observa en <https://interfertility.es/paises-costes-gestacion-subrogada->

Pocos días después, la DGRN dejó sin efecto la primera Instrucción a través de la Instrucción de 18 de febrero de 2019, que recupera los criterios de la IDGRN de 5 de octubre de 2010 y establece que el requisito de presentación de sentencia judicial de tribunal competente extranjero es preceptivo<sup>42</sup>. En su último párrafo, sin embargo, deja una indicación velada sobre el proceder de las familias que han contratado un vientre de alquiler en Ucrania: el país de origen debe proporcionar al menor un pasaporte y permiso para ser trasladado a España, y una vez allí, los comitentes podrán iniciar los procesos judiciales requeridos para, primero, iniciar expediente de acceso al Registro Civil por ser hijo de un español, y después autorizar la adopción de la cónyuge del padre.

Semejante propuesta de la Instrucción de 18 de febrero de 2019 parece imprudente y poco respetuosa con la soberanía de los Estados, porque los países receptores de acuerdos de vientre de alquiler no tienen obligación de facilitar a los solicitantes un pasaporte a quien no consideran ciudadano propio. Como señala FEMENÍA LÓPEZ, ordenamientos como los de Ucrania, Rusia o Georgia, tres focos de turismo reproductivo, no conceden la nacionalidad por *ius soli*, como sí sucede, por ejemplo, en Estados Unidos, donde el nacimiento de una persona en su territorio le otorga automáticamente la nacionalidad estadounidense<sup>43</sup>, sino que consideran que los nacidos en su territorio de padres extranjeros mediante vientre de alquiler han de adquirir la nacionalidad de estos por *ius sanguinis*<sup>44</sup>: este sistema es el que rige en España (art. 17 CC) y en Francia<sup>45</sup>. Con este panorama, lo que resulta es que la IDGRN de 18 de febrero de 2019 es poco eficaz en sus propuestas, porque la filiación del niño no se puede establecer ni en el país donde ha nacido ni en el país de sus padres, ya que su norma prohíbe los contratos de vientre de alquiler<sup>46</sup>, conforme al art. 10 LTRHA.

Se desprenden varias ideas de este razonamiento, pero la fundamental es que el interés del menor, un concepto al que se recurre con frecuencia para justificar la transferencia de la filiación de la madre gestante a los comitentes, rige sólo en aquellos supuestos en los que se certifica la nueva filiación a través de sentencia<sup>47</sup>. Ello se justifica en el argumento por el cual esta es una vía garantista para el menor, siempre que se entienda como una fórmula asimilada a la adopción, que en España tienen lugar previo proceso judicial<sup>48</sup>; o como reminiscencia del art. 10.3 LTRHA, sobre la acción de reclamación de paternidad del comitente, que también conduce

---

[precio/#1510754177459-e880d583-cfd0](#) y [http://www.surrobaby.es/ucrania\\_info.aspx](http://www.surrobaby.es/ucrania_info.aspx), consultadas el 31/03/2020.

<sup>42</sup> A pesar del posicionamiento contrario a la legalización de la maternidad subrogada del partido en el Gobierno en ese momento, lo que exigió el Ministerio de Justicia a través de la IDGRN de 18 de febrero de 2019 no fue el cumplimiento de la STS de 6 de febrero de 2014, sino que se remitió a la doctrina administrativa de la DGRN, contraria a la jurisprudencia del TS. Noticia de El País: *Un documento interno del PSOE propone penalizar a las agencias de vientres de alquiler* ([https://elpais.com/sociedad/2018/12/28/actualidad/1546022144\\_275202.html](https://elpais.com/sociedad/2018/12/28/actualidad/1546022144_275202.html)), consultado el 31/03/2020).

<sup>43</sup> Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, sección 1: «*All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside*».

<sup>44</sup> FEMENÍA LÓPEZ (2019: 127).

<sup>45</sup> *Code civil*, art. 18: «*Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français*».

<sup>46</sup> FEMENÍA LÓPEZ (2019: 128).

<sup>47</sup> QUICIOS MOLINA (2019: 24).

<sup>48</sup> NANCLARES VALLE (2020: 36).

a la vía judicial<sup>49</sup>. En cambio, la arbitraria doctrina de la DGRN muestra que el interés del menor no es aplicable a quienes solicitan la inscripción con base en un certificado de nacimiento, aunque lo cierto es que tanto la sentencia como las resoluciones administrativas extranjeras se oponen a la norma española por no superar el control de la legalidad establecido en el art. 23 LRC/1957. Además, tampoco puede utilizarse el argumento sobre la diferente calidad de la protección de los derechos humanos en los países donde la maternidad subrogada ha construido toda una industria. Estados Unidos, sin ir más lejos, citado a menudo como ejemplo de la variante comercial por su alto garantismo, no ha ratificado los dos tratados internacionales que afectan de lleno a la cuestión de los vientres de alquiler, y que buscan cierta homogeneidad global sobre protección de dos colectivos vulnerables: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Este hecho reafirma la necesidad de establecer un control mucho más severo sobre el acceso de inscripciones fundamentadas en un contrato de vientre de alquiler al Registro Civil, de manera que no haya una legalización fáctica de esta modalidad reproductiva en un ordenamiento jurídico, como es el español, que sí se apoya en el interés del menor como principio rector a lo largo de todos los preceptos que lo conforman.

No obstante, la doctrina administrativa de la DGRN no es el único blanco de las críticas en torno a la cuestión, porque la norma y su correspondiente interpretación por el TS dan lugar a otros supuestos que quedan sin respuesta. Es el caso del tercer párrafo del art. 10 LTRHA, por el cual el comitente puede iniciar una acción de reclamación común (arts. 131-133 CC) para que se establezca la correcta filiación, pero siempre que exista un vínculo genético, es decir, que haya aportado los gametos masculinos, en coherencia con la inclinación prohibitiva de la maternidad subrogada incluida en dicho artículo, por el cual madre es quien pare. En cuanto a la paternidad en tales supuestos, el art. 10 LTRHA se decanta por seguir la regla general de la legislación civil, no las excepciones de la LTRHA, precisamente por su disposición a otorgar la nulidad de pleno derecho a los pactos de gestación por sustitución.

Los avances en materia de reproducción asistida, sin embargo, han permitido que los vientres de alquiler cuenten con modalidades distintas, de forma que no es necesario que sea el varón quien participe en la concepción con sus gametos, aunque sea el supuesto protegido por la LTRHA. Indica NANCLARES VALLE que se dan otras posibilidades, centrándose en que sea la comitente la que aporte el óvulo, pero que el gameto masculino provenga de donante anónimo<sup>50</sup>. El art. 10 LTRHA concede la maternidad a quien ha gestado, y sólo permite la acción reclamación al padre biológico, lo cual implica, en la práctica, obviar a la madre gestante a la hora de inscribir al hijo para que después la comitente pueda adoptarlo. No ocurre esto si el comitente varón no comparte un vínculo genético con el niño: serán padres en el Estado donde se haya celebrado el contrato, pero no en España, a tenor del precepto del art. 10.3 LTRHA, porque la titular del óvulo con el que se concibió el niño carece de acción para reclamar la filiación, dado que esta se concede a la mujer que ha alumbrado al menor. Así, de acuerdo con la interpretación del TS con respecto a la norma, el niño no puede acceder a la nacionalidad española porque el ordenamiento jurídico español considera que ninguno de los comitentes es su padre.

---

<sup>49</sup> FEMENÍA LÓPEZ (2019: 161).

<sup>50</sup> NANCLARES VALLE (2020: 38).

A este respecto, el autor cita el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, por el cual su acepción del interés superior del menor se impone en tales casos, aunque deban ser examinados de forma individual porque no es un criterio que pueda aplicarse de manera uniforme a cada supuesto que se presente<sup>51</sup>. Entiende la Gran Sala del TEDH (párr. 36-47) que la jurisprudencia previa ha considerado suficiente la existencia de relación biológica con uno de los comitentes, ya que la oposición de un Estado a que el menor acceda a la nacionalidad de su familia *de facto* atenta contra su interés, de manera que, aunque el supuesto en el que es la madre quien pone su material genético no está amparado en los ordenamientos internos, lo más adecuado para la defensa de los derechos del menor es establecer una filiación del niño con la comitente. De cualquier forma, el TEDH destaca la necesidad de que esta operación no se realice de modo automático, sino que las autoridades internas han de establecer un control caso por caso para establecer la filiación que mejor convenga al niño de acuerdo con su interés y con el orden público.

En la práctica, la disposición supone el acceso libre de los nacidos mediante vientre de alquiler a los registros civiles de los Estados, lo cual supone una vulneración permanente del orden público. De igual modo, se está asistiendo a la conversión del interés del menor en título válido de determinación de la filiación, en estrecha relación con una tendencia a favorecer la autonomía de la voluntad de las partes en figuras jurídicas que, como la filiación, tienen un carácter privado pero sujeto al examen de las autoridades debido a los intereses en juego. Del interés general de tales instituciones proceden unos títulos de filiación muy sólidos, los regulados en el Código civil y en las normas registrales, cuyo fin es garantizar los derechos del menor en cuanto a su origen. El interés del menor no puede ser un título de filiación por la vaguedad de su contenido, algo que se observa en su capacidad de adaptación a opiniones muy diversas, que son las que están consintiendo una práctica vedada en muchos ordenamientos sometidos a la doctrina del TEDH.

### **3.3. Comparación entre adopción y maternidad subrogada**

El ordenamiento jurídico español prevé la adopción como la figura que aspira a establecer un vínculo de filiación entre dos personas que carecen de relación biológica, con la intención de emular en lo posible la filiación natural (*adoptio imitatur naturam*), de manera que el adoptando se beneficie de todos los efectos derivados de una filiación natural, dado que la modificación del Código civil de 1987 eliminó las dos variantes de la adopción existentes hasta la fecha e impuso una para todos los procedimientos, por la cual el hijo siempre adquirirá el *status familiae*.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción estableció el marco normativo de la adopción, cuya principal motivación se detalla en el preámbulo haciendo constar la necesidad de un mayor control administrativo con el fin de centrar todo el procedimiento en el sujeto más necesitado de protección, que es el adoptando, para evitar casos de tráfico de menores y abandono de niños por causa de una selección poco exhaustiva de los adoptantes. De tales motivos se desprende una atención permanente en toda la regulación de la adopción

---

<sup>51</sup> NANCLARES VALLE (2020: 39-40).

hacia el interés del menor, especialmente por la presencia constante de ciertas instituciones públicas, que cuentan con un papel imprescindible en todo el desarrollo procedimental.

De esta forma, el art. 176 CC manifiesta que la adopción siempre deberá quedar constituida mediante de resolución judicial y a propuesta de la Entidad Pública competente<sup>52</sup>, que de forma previa tendrá que realizar un estudio pormenorizado de la capacidad e idoneidad de los adoptantes con respecto al adoptando, quienes, además, han de comprometerse a asistir a sesiones de preparación organizadas por la Entidad. El juez, por su parte, ha de verificar los consentimientos de las partes, también del adoptando si fuera mayor de doce años (art. 177.1 CC), así como de otros sujetos involucrados, como el cónyuge del adoptante y los progenitores del menor que no hayan sido privados de la patria potestad (art. 177.2 CC). La percepción que transmite un trámite de estas características es que persigue conceder al adoptando, en su condición de sujeto, el entorno más adecuado para su desarrollo pleno, de ahí el control constante de la administración pública.

El legislador mostró una gran preocupación por redactar una norma apropiada para la cuestión, tal y como apunta el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, con un enfoque directo en la concordancia de la figura de la adopción con el orden público, traducido en el respeto a los derechos del menor como sujeto fundamental de todo el procedimiento. La razón es sencilla, y es que la regulación anterior a la modificación de 1987 prescindía del requisito de control por parte de la Entidad Pública a la hora de valorar técnicamente la idoneidad de los adoptantes, que hoy está presente siempre, y se dejaba al control exclusivo del juez. Con este precedente, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional otorga la misma competencia a la Entidad Pública para expedir el certificado de idoneidad requerido en los procesos de adopción internacional (art. 10.2) y asume el procedimiento que recoge el Código civil para autorizar la adopción (arts. 14 y 18).

A pesar de la extensa labor legislativa, cuya finalidad última era asegurar el bienestar del menor tanto en el procedimiento como en su vida familiar posterior, en los últimos años se ha registrado un descenso notable en el número de procesos de adopción internacional<sup>53</sup>, mientras que los pactos de vientre de alquiler se han convertido en la alternativa para quienes desean un hijo, con algunas “ventajas” de las que carece la adopción, como la posibilidad de tener descendencia genéticamente propia a la que se accede inmediatamente después del nacimiento, sin que medie un ente autorizado con capacidad para controlar la adecuación de los derechos del menor con las razones volitivas que mueven a los comitentes a iniciar el trámite. El problema, por su parte, radica en que algunas de estas ventajas atentan radicalmente contra el ordenamiento jurídico español, y del mismo modo, también contra el interés del menor.

---

<sup>52</sup> Salvo en las circunstancias enumeradas en el art. 176.2 CC, como cuando el adoptando es hijo del cónyuge del adoptante. Se inicia la petición de adopción a través de escrito que justifique la existencia de alguna de dichas circunstancias (art. 35 LJV).

<sup>53</sup> Según los datos de los Boletines Estadísticos publicados por el Ministerio de Sanidad, recogidos entre 2015 y 2018, desciende en un 44% en apenas cuatro años. Entre las posibles causas figuran la larga duración de los trámites y la restricción a ciudadanos españoles en la mayoría de los países de origen desde la aprobación en España del matrimonio igualitario en 2005, dado el rechazo imperante al acceso a la adopción a parejas del mismo sexo.

Muchos de los programas que ofrecen las agencias mediadoras<sup>54</sup> incluyen un servicio de selección de embriones ideado, según indican, para prevenir la aparición de ciertas enfermedades ligadas a cromosomas específicos del genoma humano, como determinados tipos de cáncer. En este sentido, aunque no sin polémica, la LTRHA autoriza en su art. 12.1 el empleo de técnicas de diagnóstico preimplantacional para escoger entre los embriones como forma de evitar enfermedades para las que todavía no hay cura, o que puedan comprometer la viabilidad del feto durante el embarazo, siempre que tales circunstancias se hayan detectado. La norma exige, si se pone en práctica, el consentimiento tanto de la mujer como de su cónyuge (art. 11.5 LTRHA), y comunicación inmediata a la autoridad sanitaria competente (art. 12.1 LTRHA) como ente controlador de que los centros autorizados no se exceden de los supuestos permitidos.

El paquete de servicios ofertados por las empresas dedicadas a la mediación entre las partes de un contrato de vientre de alquiler suele ofrecer otras prestaciones que no encajan con la defensa del interés del menor que se suele demandar a los organismos públicos, y que, de hecho, atentan directamente con la dignidad del menor de acuerdo con la valoración que se le otorga como persona<sup>55</sup>. La primera es la posibilidad de elección de los rasgos fenotípicos del niño a través de la selección del o la donante, de acuerdo con la voluntad de que las características físicas buscadas por los comitentes sean acordes con las suyas, normalmente caucásicas<sup>56</sup>. La segunda es la selección del sexo del bebé, una infracción que el art. 26.2.c.10º LTRHA tipifica como muy grave, en la medida en que no es una circunstancia que afecte a la salud del niño.

Ninguna de estas dos prestaciones es objetivamente esencial para garantizar el bienestar del menor; por el contrario, suponen una lesión directa a su dignidad, en cuanto se corresponden más con un contrato en el que el objeto (una persona convertida en cosa) ha de tener características concretas para resultar deseable a los comitentes. En este sentido, cabe preguntarse si el interés del menor queda debidamente protegido permitiendo que sean los sujetos que lo han traído al mundo de una manera tan lesiva hacia su dignidad los que deban ocuparse de su educación.

#### **4. Jurisprudencia clave del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El panorama descrito en líneas anteriores sobre el estado de la cuestión de la maternidad subrogada en España, con los conflictos jurídicos generados y sus correspondientes decisiones

---

<sup>54</sup> Es el caso de [http://www.surrobaby.es/ucrania\\_costes.aspx](http://www.surrobaby.es/ucrania_costes.aspx). Con respecto a las agencias mediadoras, no se alcanza a entender por qué no hay una persecución eficaz hacia ellas: la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, declara en su art. 2.7 como ilegales aquellas asociaciones que persigan fines tipificados como delito, como sucede con las alteraciones del estado civil acaecidas en el extranjero, según el art. 221.2 CP. Igual que es impensable que empresas españolas ofrezcan, por ejemplo, la adquisición de órganos humanos en mercados extranjeros, debido a su ilicitud, tampoco es lógico que se haga lo propio con la maternidad subrogada.

<sup>55</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017: 33-34).

<sup>56</sup> Esta posibilidad también figura en la LTRHA, cuyo artículo 5.6 exige el acomodo de los donantes a una serie de requisitos para asegurar su buen estado físico y psíquico y que no presenten enfermedades transmisibles a su descendencia. Lo que no explicita la norma es si los usuarios de técnicas de reproducción asistida pueden escoger al donante en función de sus características físicas a partir de los datos de los que dispongan los centros autorizados.



judiciales, a menudo polémicas, no es exclusivo de nuestro país; por el contrario, dentro del marco de la Unión Europea, sin ir más lejos, conviven ordenamientos favorables a su admisión, como Portugal<sup>57</sup> o Grecia<sup>58</sup>, con otros que prohíben dicha práctica en sus Estados, como Francia<sup>59</sup> o Italia<sup>60</sup>. Sin embargo, el hecho de que tales países hayan optado por rechazar los contratos de vientre de alquiler no significa que permanezcan inmunes a contratos semejantes celebrados al amparo de ordenamientos jurídicos extranjeros, porque lo que se persigue no es sólo obtener un hijo genéticamente propio, sino que el Estado cuya nacionalidad ostentan los comitentes reconozca los efectos derivados de los pactos de maternidad subrogada, es decir, que se establezca para los nacidos una filiación acorde con la de sus ordenamientos nacionales.

La consecuencia de esta clase de turismo reproductivo ha dado lugar a diversos casos en países contrarios a la gestación subrogada, que han visto cómo sus ciudadanos escapaban de la jurisdicción de su Estado para adquirir un niño en países donde la práctica es legal. Este hecho ha propiciado situaciones delicadas, porque en ellas el protagonista es el menor concebido mediante vientre de alquiler, al que hay que dar una respuesta acorde con sus derechos. Así, se han dado determinados supuestos que, tras haber agotado la vía judicial dentro de sus Estados, han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina nos disponemos a analizar a través de los casos paradigmáticos: *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, resueltos por la Sección Quinta del TEDH en sendas sentencias de 26 de junio de 2014; y *Paradiso y Campanelli c. Italia*, mediante sentencia de la Sección Segunda del TEDH de 27 de enero de 2015, cuyo recurso interpuesto por el Estado italiano ante la Gran Sala se resolvió el 24 de enero de 2017.

#### **4.1. Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia**

Los asuntos *Mennesson* y *Labassee*, dada la similitud de los casos, se resolvieron simultáneamente en dos sentencias publicadas en fecha de 26 de junio de 2014. Ahora bien, la

---

<sup>57</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ (2020: 7-12) estudia la situación en Portugal y enuncia las características fundamentales de la Ley 25/2016: la gestación por sustitución es un negocio jurídico gratuito concebido como una técnica de reproducción asistida, en cuyo procedimiento debe haber presencia constante de la administración pública. Además, el nacido siempre será hijo de los comitentes porque es el contrato previo con la gestante el que determina su consentimiento irrevocable a renunciar al niño. Numerosos preceptos de la norma fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional portugués en su sentencia 225/2018 por la falta de garantías con respecto a la formalización del consentimiento de la madre gestante, así como por las limitaciones impuestas a los nacidos vía vientre de alquiler para conocer su propio origen, en dos sentidos: en relación con la mujer que los gestó y, en caso de que hubiera donación de gametos, con la identidad del donante (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2020: 16-17).

<sup>58</sup> VILAR GONZÁLEZ (2018: 192-195) describe el modelo griego, vigente desde la Ley 3089/2002, de corte altruista, aunque desde su reforma en 2005 se permite el abono a la gestante de determinados gastos relativos al embarazo. La norma sólo permite el acceso al vientre de alquiler a parejas heterosexuales o mujeres solas, y en ningún caso la gestante puede ser la titular del óvulo inseminado, sino que debe proceder de la comitente o de donante anónima.

<sup>59</sup> *Code civil*, art. 16-7: «*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*».

<sup>60</sup> *Legge 19 febbraio 2004*, n. 40, art. 12.6: «*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità e' punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*».

común argumentación se detalla de manera más minuciosa en *Mennesson*, que es la que va a centrar el presente análisis.

Los hechos parten de la celebración, por parte dos parejas de nacionalidad francesa, de sendos contratos de vientre de alquiler en California (*Mennesson*) y Minnesota (*Labassee*). En ambos casos, se trataba de matrimonios heterosexuales con problemas de infertilidad de las comitentes, por lo que se aportaron óvulos de donantes anónimas inseminados con gametos de los dos hombres comitentes. Como consecuencia de tales contratos, nacieron dos gemelas en octubre de 2000 (*Mennesson*) y una niña en noviembre de 2001 (*Labassee*), que fueron declaradas hijas de las respectivas parejas comitentes por tribunales estadounidenses de acuerdo con las leyes de sus Estados.

La determinación de la filiación en Estados Unidos permitió que las niñas obtuvieran pasaportes norteamericanos con los que pudieron entrar en territorio francés de forma legal. En *Mennesson*, el ministerio fiscal autorizó la inscripción de las actas de nacimiento, pero tal orden fue revocada por el tribunal superior de Créteil con fundamento a dos argumentos<sup>61</sup>: la indisponibilidad que otorga la legislación francesa al cuerpo humano<sup>62</sup> y la nulidad de los pactos de gestación por sustitución, lo cual supuso dejar sin efecto la sentencia americana por su oposición al orden público francés<sup>63</sup>. En *Labassee*, además, se añadió la pretensión de los comitentes de inscribir el acta de notoriedad que certificaba que habían cuidado de la niña desde su nacimiento, cosa que el tribunal superior de Lille no admitió por lesionar el orden público francés contrario a la maternidad subrogada, al entender que aceptar el acceso de esa acta suponía establecer una filiación viciada por el carácter fraudulento de su constitución<sup>64</sup>.

Tras recorrer los estadios sucesivos del sistema judicial francés, en los que se les denegó el reconocimiento de las menores como hijas de las parejas comitentes, ambos casos llegaron ante la *Cour de cassation* por interposición de sendos recursos, basados en la presunta lesión del Estado francés a los derechos de las niñas nacidas mediante vientre de alquiler, de acuerdo con lo establecido en la CDN y el CEDH. Consideraron los recurrentes que la administración no había atendido al interés superior del menor (art. 3 CDN), especialmente en lo que se refiere al derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), ni a su derecho a una filiación estable que ya les había sido otorgada por una autoridad extranjera respetando en todo caso el orden público internacional, que no el orden público interno<sup>65</sup>.

El tribunal de casación desestimó los recursos, indicando que las autoridades francesas actuaron de manera conforme con el orden público francés, que establece la indisponibilidad del estado civil de las personas: las sentencias norteamericanas no pueden surtir efectos en el ordenamiento jurídico francés porque son contrarias al orden público, de ahí su nulidad. Por otro lado, la sala afirma que la no inscripción de las niñas no supone una lesión a su interés como

---

<sup>61</sup> STEDH 65192/11, párr.18.

<sup>62</sup> *Code civil*, art. 16-1: «*Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*»; y art. 16-5: «*Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles*».

<sup>63</sup> De acuerdo con lo indicado en el art. 16-9 del *Code*: «*Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public*».

<sup>64</sup> STEDH 65941/11, párr. 14.

<sup>65</sup> STEDH 65192/11, párr. 25; STEDH 65941/11, párr. 16.

menores, ya que no les priva de la filiación que les fue otorgada en Estados Unidos ni tampoco les sustrae de la vida privada que habían llevado con sus respectivas familias desde su nacimiento<sup>66</sup>.

Recibida la resolución del recurso interpuesto ante la *Cour de cassation*, los dos matrimonios comitentes acudieron al TEDH para demandar a Francia: su postura se sostiene en la violación por el Estado del art. 8 CEDH, sobre el derecho a la vida privada y familiar, que impide a los Estados miembros del Consejo de Europa interferir en el ámbito familiar, salvo que para tal injerencia haya una previsión legal que le autorice a actuar, siempre en base a la necesidad de garantizar el orden público. El Tribunal admitió las demandas, señalando la relevancia de que el caso presentara un ambiente familiar *de facto*, lo cual, aplicado al supuesto, requería que los recurrentes hubieran mantenido una convivencia con las niñas desde su nacimiento y se hubieran comportado como sus progenitores: en resumen, la posesión de estado es un elemento fundamental para que la demanda pueda ser admitida<sup>67</sup>.

Superada la exigencia de una vida familiar fáctica sobre la que sustentar la demanda, la sentencia desarrolla su doctrina desde la potencial vulneración del derecho protegido por el art. 8 CEDH. Así, considera el Tribunal que la injerencia del Estado galo debía reunir una serie de requisitos:

- a. La intromisión debe estar *prevista en la ley*; ello no significa que baste su inclusión en la norma, sino que los ciudadanos deben ser capaces de prever la aplicación norma de tal forma que puedan guiar su conducta para no vulnerarla. Los arts. 16-7 y 16-9 del *Code civil* especifican de manera clara la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, y ya entonces los comitentes conocían el riesgo de que las autoridades francesas se negaran a reconocer un vínculo de filiación entre las parejas y las menores<sup>68</sup>, y por eso realizaron en contrato en otro país con un ordenamiento jurídico más laxo con la cuestión.
- b. La finalidad de la injerencia ha de estar motivada por un *objetivo legítimo*, dentro de los que contiene el art. 8 CEDH; en este supuesto, la protección de la salud y de los derechos y libertades con respecto a los nacidos mediante vientre de alquiler y las madres gestantes. A ello se añade el interés perseguido por el Estado de desalentar a otros ciudadanos franceses que tengan intención de acudir a países permisivos con la práctica, sabiendo que no van a lograr el efecto deseado en su territorio<sup>69</sup>.
- c. La medida debe ser *necesaria en un Estado de Derecho*, aunque hay que señalar que cada Estado cuenta con un margen de apreciación sobre lo que es necesario en una sociedad democrática, dentro de unos límites lógicos. Sin embargo, un aspecto tan esencial de la identidad de la persona como su filiación merece un tratamiento más restrictivo de la libertad de los Estados; es ahí donde entra en juego el interés superior del menor, que se antepone a la capacidad de decisión del Estado con el fin de lograr un equilibrio que pueda beneficiar a los menores<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> STEDH 65192/11, párr. 27; STEDH 65941/11, párr. 17.

<sup>67</sup> STEDH 65192/11, párr. 45; STEDH 65941/11, párr. 37.

<sup>68</sup> STEDH 65192/11, párr. 58.

<sup>69</sup> STEDH 65192/11, párr. 62; STEDH 65941/11, párr. 54.

<sup>70</sup> STEDH 65192/11, párr. 77-85; STEDH 65941/11, párr. 59-54.

La esencia del derecho a la vida familiar y privada ostentado por las niñas, motivado por el ánimo de proteger el interés del menor, requiere el establecimiento de una identidad conformada por varios factores: la filiación, que, aunque está reconocida en un documento extranjero, les es denegada por Francia<sup>71</sup>; la nacionalidad, que viene dada por *ius sanguini*, para lo cual se requiere que cuenten con un vínculo de filiación con un ciudadano francés<sup>72</sup>; y la capacidad para ser herederas de sus padres de intención<sup>73</sup>, que, como es evidente, también precisa del reconocimiento de la filiación.

Si bien el Tribunal entiende que el ánimo desalentador de Francia al no admitir la inscripción de las menores como hijas de los comitentes es legítimo, en ningún caso este puede atentar contra los derechos de las niñas, en su calidad de personas necesitadas de especial protección: los reproches que puedan surgir contra los comitentes al cometer una ilegalidad no pueden traducirse en un menoscabo a la identidad de las menores. Es por ello por lo que el Tribunal dictamina que, si bien no se han vulnerado los derechos de los comitentes, la actuación del Estado francés sí ha afectado al derecho a la vida familiar de las niñas; por ello, el Tribunal ordenó el reconocimiento inmediato de la filiación de las menores con respecto a los padres biológicos, por ser los comitentes relacionados genéticamente con las menores.

#### **4.2. Paradiso y Campanelli c. Italia**

El tercer caso es el asunto *Paradiso y Campanelli* (STEDH 27 de enero de 2015), que dista de los dos anteriores en cuanto al objeto del recurso, porque el debate no gira en torno a la admisión de una filiación adquirida a través de pacto de vientre de alquiler certificada por una autoridad competente en el país donde se había celebrado el contrato, sino que se discute sobre la licitud de la actuación del Estado italiano sobre la guarda del menor<sup>74</sup>. La polémica nace a raíz de la imposibilidad de un matrimonio italiano de concebir de manera natural; tras varios intentos fallidos de fecundación *in vitro*, la pareja decide celebrar un contrato de maternidad subrogada en Rusia, cuya norma admite la variante comercial de tal práctica.

En febrero de 2011 nació en Moscú el niño encargado por los comitentes, y la mujer que lo gestó dio su consentimiento para que fuera registrado como hijo de los padres de intención, para lo cual emitió una declaración escrita en la que constaba que el bebé contaba con lazos genéticos con los comitentes. Con este documento, los padres obtuvieron el certificado de nacimiento expedido por la autoridad rusa, y procedieron a solicitar al consulado italiano los documentos necesarios para que el niño pudiera entrar en Italia con el matrimonio comitente, los cuales les fueron concedidos. Una vez en territorio nacional, instaron el procedimiento para que el certificado emitido por las autoridades rusas sobre la filiación del menor accediera al registro, pero al mismo tiempo el consulado de Moscú alertó a las autoridades italianas de que dicho documento contenía información falsa.

Se dio comienzo así a una investigación sobre el matrimonio, acusado de alteración del estado civil y de incumplir la norma relativa a la adopción, dado que los comitentes no habían obtenido

---

<sup>71</sup> STEDH 65192/11, párr. 96; STEDH 65941/11, párr. 75.

<sup>72</sup> STEDH 65192/11, párr. 97; STEDH 65941/11, párr. 76.

<sup>73</sup> STEDH 65192/11, párr. 98; STEDH 65941/11, párr. 77.

<sup>74</sup> CARMONA CUENCA (2020: 7).

la aprobación de la autoridad para iniciar un procedimiento, la cual tampoco les habría sido otorgada por razón de diferencia de edad con el menor. Abierta la instrucción, se comprobó que ninguno de los padres de intención contaba con un vínculo genético con el niño, y este fue separado del matrimonio y declarado en situación de desamparo, para ser posteriormente dado en adopción a una familia diferente.

El TEDH comienza su razonamiento con la admisibilidad de la demanda, la cual exigía la existencia de una relación familiar *de facto* entre los comitentes y el menor: dado que el matrimonio convivió con el niño algo más de seis meses, el art. 8 CEDH es aplicable al supuesto, porque había existido una vida familiar sujeta a protección<sup>75</sup>. A partir de la admisión, el Tribunal sigue el mismo procedimiento que en los casos anteriores, y examina la legalidad de la actuación del Estado italiano conforme a los principios de previsión legal, legitimidad de los fines y necesidad de la medida en una sociedad democrática como los elementos requeridos para que la intromisión en la vida privada y familiar sea lícita.

- a. La injerencia del Estado en el desarrollo de la familia contaba con una previsión en dos cuerpos legales<sup>76</sup>:
  - i. La Convención de La Haya, cuyo art. 5 establece que la apostilla de La Haya certifica la validez de un documento público extranjero, pero no la veracidad del mismo, de manera que los Estados parte tienen margen de apreciación de tales títulos para que estos se ajusten a su norma interna; aunque el ordenamiento jurídico ruso permita establecer relaciones de filiación biológica entre personas que carecen de ella a nivel genético, esto no se ajusta a la ley italiana, y por ello esa filiación no es reconocida por el sistema.
  - ii. La Ley italiana de 4 mayo de 1983, n. 184, por la cual el menor cuya filiación no haya podido ser establecida será declarado en situación de desamparo.
- b. La medida de separar a los comitentes del niño se puso en marcha para perseguir un fin legítimo, sustanciado en la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, porque los recurrentes realizaron una conducta contraria a la legislación italiana; y en la protección de los derechos y libertades del menor<sup>77</sup>.
- c. La actuación del Estado puede considerarse necesaria porque su medida iba dirigida a acabar con una situación ilegal, dado que los comitentes habían violado la norma sobre adopción internacional, y además no tenían una conexión biológica con el menor<sup>78</sup>. Sin embargo, el Tribunal indica que el orden público no puede convertirse en la excusa de una actuación desmedida del Estado: así, Italia no tuvo en cuenta que el interés del menor bien podía sobreponerse sobre una relación genética con los comitentes de la que carecía, y que fue el factor determinante para apartarlo del matrimonio recurrente<sup>79</sup>.

La Sección Segunda del TEDH concluyó que la decisión de las autoridades italianas de apartar al menor de los comitentes supuso un desequilibrio del derecho del menor a una identidad, que sólo le fue otorgada dos años después de su nacimiento. Con todo, la condena del TEDH a Italia

---

<sup>75</sup> STEDH 25358/12, párr. 69.

<sup>76</sup> STEDH 25358/12, párr. 72.

<sup>77</sup> STEDH 25358/12, párr. 73.

<sup>78</sup> STEDH 25358/12, párr. 79.

<sup>79</sup> STEDH 25358/12, párr. 80.

por la lesión del Estado al derecho a la vida familiar de los recurrentes, según el art. 8 CEDH no implicaba la vuelta del niño a la convivencia con el matrimonio, puesto que ya había desarrollado lazos afectivos con la familia que lo adoptó, aunque sí les comportó una indemnización del Estado en concepto de daños morales.

La decisión del Tribunal fue recurrida por Italia ante la Gran Sala del TEDH, y dicho recurso fue resuelto en sentencia de 24 de enero de 2017 apoyándose en los siguientes argumentos:

- a. Razona la Gran Sala que el caso no puede ampararse en el modelo de vida familiar protegido en el art. 8 CEDH por varias razones: el tiempo de convivencia con el niño fue sólo de seis meses, dado que la reacción de los organismos públicos fue inmediata; además, ninguno de los recurrentes cuenta con una relación genética con el menor, y la presunta buena fe del varón, que había aportado sus propios gametos para inseminar el óvulo procedente de donante, aunque finalmente parece que no se empleó porque las pruebas de paternidad dieron resultado negativo, no es suficiente para compensar la corta duración de la convivencia. Por otro lado, el fin de la convivencia, aunque no fuera imputable al matrimonio, fue la consecuencia de la situación de inseguridad jurídica creada por ellos mismos al contratar un vientre de alquiler en otro país, sabiendo que tal práctica no era tolerada en Italia y que probablemente sus instituciones tratarían de evitar que surtiera los efectos que le son propios, es decir, la determinación de la filiación en el país de origen de los comitentes<sup>80</sup>.
- b. La decisión de las autoridades italianas de separar al menor del matrimonio estuvo fundada en motivos de gran calado en su ordenamiento jurídico, como son el mantenimiento del orden público y la protección del menor. Por ello, la medida se considera no sólo necesaria, sino también proporcional en relación con la importancia del orden público en un Estado: el acuerdo para poner en marcha tal decisión fue estudiada en profundidad, y por ello se le dio más relevancia al interés general frente a la vida privada de los recurrentes. Además, permitir la adopción del menor por parte de los comitentes implicaba legalizar fácticamente la gestación subrogada<sup>81</sup>, lo cual supondría una quiebra grave de la norma, en virtud de la cual los pactos de vientre de alquiler serían ilegales en Italia, pero podrían tener efectos plenos si se concertaran en el extranjero.

El fallo de la Gran Sala declaró que no se había producido una vulneración del art. 8 CEDH. La sentencia viene acompañada de un voto concurrente de cuatro magistrados, que muestran su acuerdo con la decisión alcanzada, pero lamentan que el Tribunal no se posicionara de forma clara sobre la práctica de la gestación por sustitución, la cual rechazan al entender que tanto la madre gestante como el hijo son tratados como medios para satisfacer los deseos de otras personas, y en eso se apoyan las normas que prohíben tales pactos. Por ello, alegan los magistrados que no se puede conceder efectos jurídicos a una conducta que ha sido penada por la ley<sup>82</sup>. Por otro lado, los potenciales efectos negativos que pueda causar en el niño la medida

---

<sup>80</sup> STEDH 25358/12 (Gran Sala), párr. 153-157.

<sup>81</sup> STEDH 25358/12 (Gran Sala), párr. 215.

<sup>82</sup> STEDH 25358/12 (Gran Sala): Voto concurrente de los magistrados De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, párr. 3: «it is not possible to establish the existence of family life without examining the manner in which the interpersonal links have been established. This element should be assessed from

adoptada no son imputables al Estado, porque la situación no la creó la autoridad italiana, sino los comitentes cuando suscribieron el contrato y recibieron al menor evitando la aplicación de la norma relativa a adopción internacional<sup>83</sup>.

Llegados a este punto, cabe preguntarse en qué consiste la doctrina asentada por el TEDH en sus sentencias. Es necesario recordar un matiz relevante, y es que el objeto de los recursos resueltos por el Tribunal no coincide, y además se diferencian en el factor sobre el que apoya todo su razonamiento: mientras en *Mennesson* y *Labassee* existía un vínculo genético de las menores con uno de los comitentes, en *Paradiso* y *Campanelli* el niño carecía de relación biológica con el matrimonio que lo adquirió. De esto se desprende que lo que solicita el TEDH a los Estados parte es que, en aquellos casos en los que haya una conexión genética entre el menor y al menos uno de los comitentes, se ofrezcan los cauces necesarios para determinar la filiación en el plano legal, de manera que los niños nacidos por vientre de alquiler no queden en situación de desigualdad con respecto a otros menores. Es verdad que «la libertad de los Estados para prohibir o admitir la gestación por sustitución sigue incólume»<sup>84</sup>, pero también que, en cierta medida, la jurisprudencia del TEDH marca el camino para realizar una legalización fáctica de la maternidad subrogada en los Estados miembro del Consejo de Europa, aunque sus normas internas la prohíban.

A partir de la publicación de las SSTEDH, ambos Estados demandados realizaron cambios en los planteamientos jurídicos manejados por sus respectivas instancias. En Francia, la *Cour de cassation* resolvió cuatro sentencias de 5 de julio de 2017 en las que se establecieron los criterios para la transcripción de los certificados de nacimiento de los niños nacidos mediante gestación por sustitución: desde entonces, se requiere que el documento contenga datos veraces y que haya sido expedido de forma regular en el país donde se haya celebrado el contrato; por otro lado, se exige que uno de los comitentes haya aportado sus gametos a la operación, para que después el segundo comitente inicie los trámites para la adopción del menor<sup>85</sup>.

En Italia, la Corte Suprema de Casación estudió el encaje en su ordenamiento interno de los contratos de vientre de alquiler suscritos por ciudadanos italianos en el extranjero en su sentencia 12193/2019, de 8 de mayo de 2019. Los magistrados del tribunal inciden en su negativa a reconocer títulos extranjeros que acrediten la filiación del menor con los comitentes; no obstante, en aras de proteger los derechos del sujeto más vulnerable, el menor, admite que se reconozca su filiación con el comitente con quien comparta lazos biológicos, de manera que el segundo comitente pueda adoptar al niño en un proceso posterior<sup>86</sup>.

Como se observa, la conclusión alcanzada en ambos países es muy similar a la decisión de la STS de 6 de febrero de 2014: la práctica está prohibida en los tres Estados mencionados y, aunque

---

both a legal and a moral perspective. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. The law cannot offer protection to *faits accomplis* in violation of legal rules or fundamental moral principles».

<sup>83</sup> STEDH 25358/12 (Gran Sala): Voto concurrente de los magistrados De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, párr. 3: «the possible effects on the child of his unavoidable separation from the persons who had been caring for him for some time must be attributed to the applicants themselves. It is not acceptable to invoke detrimental effects resulting from one's own illegal actions as a shield against State interference».

<sup>84</sup> QUICIOS MOLINA (2019: 18).

<sup>85</sup> ALCARAZ (2020: 14-15).

<sup>86</sup> BARBA (2020: 70-71).

son resoluciones que dificultan el camino para establecer la filiación del menor con los comitentes, no impiden de manera tajante que los ciudadanos españoles, franceses e italianos sigan esquivando un ordenamiento para ampararse en normas más favorables con sus intenciones, las cuales, a pesar de su ilicitud, van a surtir plenos efectos en sus territorios.

## **5. Propuesta de regulación en España: la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos**

La sociedad española ha tenido constancia de la práctica de la maternidad subrogada desde hace algo más de una década, y ello ha sucedido, en buena parte, porque el vientre de alquiler se ha dado a conocer por algunas personalidades destacadas de diversos ámbitos que copan publicaciones de determinado género periodístico. Algunos de estos casos dejarán jurisprudencia de elevado interés para el mundo jurídico en los meses siguientes a la redacción del presente texto, pero, además, han propiciado el debate sobre la admisión de la técnica. Así, son muchas las voces que abogan por la “regulación” en España de la maternidad subrogada, para lo cual se alude a razones diversas, entre ellas la opción por una norma interna que permita un control administrativo superior al que realiza el Estado sobre los menores nacidos por vientre de alquiler en el extranjero, la garantía de libertad de las gestantes que desean llevar a cabo el embarazo en términos descritos anteriormente<sup>87</sup>.

En el plano político, Ciudadanos es la única formación partidaria de la admisión de la gestación subrogada, aunque varias figuras de relevancia en partidos contrarios a la regulación también se han mostrado a favor de la admisión, y han sostenido su postura, fundamentalmente, en la importancia de facilitar el acceso a la técnica de ciertos grupos de población<sup>88</sup>. En septiembre de 2017, la Mesa del Congreso de los Diputados admitió a trámite la primera iniciativa del partido por legalizar los vientres de alquiler, la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, planteada en su Exposición de motivos como una vía para «ofrecer cauces institucionales adecuados para que la libertad de los ciudadanos se pueda hacer realidad».

### **5.1. El supuesto derecho a procrear**

La PL comienza su articulado con una definición del objeto que la norma pretende regular, y este es el “derecho” a la gestación por subrogación que contiene el art. 1 PL, el cual consiste en aquel «que asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra». Para analizar este enunciado es necesario preguntarse, primero, si hay un derecho a procrear; de hecho, la PL no apoya sus argumentos en un precepto jurídico procedente de normas internas o

---

<sup>87</sup> GARCÍA RUBIO (2018: 85).

<sup>88</sup> Noticia de El País: *Ciudadanos permite a las familiares ser gestantes en su propuesta de ‘vientres altruistas’* ([https://elpais.com/sociedad/2019/07/03/actualidad/1562147911\\_653128.html?rel=estr\\_articulo#1588166307623](https://elpais.com/sociedad/2019/07/03/actualidad/1562147911_653128.html?rel=estr_articulo#1588166307623), consultado el 29/04/2020). La formación registró la última Proposición de Ley en el Congreso de los Diputados en plena semana del Orgullo Gay de 2019 como una reivindicación del colectivo homosexual, en un ejercicio deliberado de *pinkwashing* tras los pactos suscritos por el partido en varios gobiernos autonómicos con Vox, partido contrario a las reclamaciones de dicha comunidad.



internacionales que respalde una existencia de tal derecho, ni en su articulado ni en la Exposición de motivos.

La descripción del derecho a la gestación por subrogación parece acercarse a la noción de derecho fundamental asimilada al contenido del art. 39 CE, sobre la protección a la familia. Pero este precepto no se refiere al hipotético derecho a tener hijos, sino a tutelar las relaciones familiares que existen de manera efectiva, lo cual se traduce, entre otras cosas, en el derecho a la libre investigación de la paternidad o la igualdad entre los hijos ante la ley con independencia de su origen<sup>89</sup>, pero no en el derecho al acceso a la paternidad por ninguna de las vías legalmente establecidas. En términos similares se manifiesta el TEDH en la sentencia del asunto *Paradiso y Campanelli*, en relación con el art. 8 CEDH, sobre el respeto a la vida privada y familiar: *«the right to respect for “family life” does not safeguard the mere desire to found a family; it presupposes the existence of a family»*<sup>90</sup>.

## 5.2. La difícil armonización de altruismo y anonimato

Uno de los principios sobre los que se sostiene la PL es el carácter gratuito que obligatoriamente deberá tener la gestación por subrogación (art. 5 PL). El altruismo, así, es el factor que legitima un contrato de vientre de alquiler, porque desecha la naturaleza mercantilista de la maternidad subrogada comercial: no se paga por utilizar el útero de una mujer, ni tampoco por adquirir un hijo. La operación, en cambio, nace de la libertad de las partes, y en concreto de la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo, y por ello debemos entender que es tolerable.

La gratuidad, sin embargo, no excluye la realidad que siempre estará presente en la maternidad subrogada, porque no deja de ser una obligación cuyo objeto está constituido por la persona nacida del embarazo contratado<sup>91</sup>. La venta del niño habrá mutado para convertirse en la donación del niño, pero la obligación, y por tanto su objeto, permanecen, y con ello la lesión a la dignidad del nacido en la medida en que el contrato precisa de su cosificación. No es el pago de la prestación lo que resulta inadmisibles, sino el mero planteamiento de un negocio jurídico centrado en el traspaso de un hijo de una persona a otra.

La norma, pese a todo, no excluye el pago a la gestante de una «compensación resarcitoria» en concepto de gastos derivados del embarazo y del lucro cesante durante el proceso. La gratuidad de la práctica queda puesta en entredicho con estas condiciones, sobre todo porque no se establece un límite claro a este pago. Si lo que se propone es la variedad altruista, debería serlo con todas las consecuencias, ya que, de lo contrario, la norma no será más que una forma de ocultar la comercialización efectiva de los vientres de alquiler, conformando un panorama en el que mujeres de las clases más bajas se ofrecerían a gestar por una cantidad que pudiera convenir a su situación económica<sup>92</sup>.

El concepto de altruismo, por otro lado, deja una incógnita con respecto a oferta de mujeres dispuestas a gestar a cambio de nada. La PL establece, en su art. 24.2.c.8º, que la realización del

---

<sup>89</sup> DÍAZ CREGO (2020: 6-7).

<sup>90</sup> STEDH 25358/12 (Gran Sala), párr. 141.

<sup>91</sup> ARECHEDERRA ARANZADI (2018: 307).

<sup>92</sup> VAQUERO PINTO (2018: 258-259).

proceso cuando la mujer gestante tenga vínculo de consanguinidad con alguno de los progenitores subrogantes será constitutiva de una infracción muy grave. Es decir, que el supuesto autorizado es aquel en el que una mujer atraviesa un embarazo para después entregar al niño a personas a las que no conoce, y además debe hacerlo gratis. Pensar que un modelo así es posible es, como mínimo, un razonamiento ingenuo, porque lo más probable es que la única motivación que pudiera mover a una mujer a acceder a gestar para otros sería una vinculación afectiva muy estrecha con el comitente, propia de una relación familiar. El anonimato sólo sería posible si mediara compensación económica, y sin pago por los servicios prestados muy pocas mujeres querrían ofrecerse, mientras que la demanda sería muy elevada<sup>93</sup>.

### 5.3. Los derechos de la gestante

La PL enuncia el conjunto de su ley alrededor del supuesto derecho a la gestación por subrogación, una afirmación de la cual se desprende que los titulares de tal derecho son los comitentes, aquellos que recurren a la técnica del vientre de alquiler. Sin embargo, la norma lo articula como una proyección doble, en el que esta primera conceptualización se acompaña del derecho que asiste a la mujer a gestar para otros (art. 6 PL). De esta forma, lo que dibuja la ley es una relación entre titulares para el ejercicio del derecho en la que las partes están en condiciones de igualdad. Ahora bien, esta visión queda desmontada en los siguientes artículos.

El art. 7 PL exige, entre otras cuestiones, que la mujer sea mayor de 25 años, tenga buen estado de salud física y mental, así como haber tenido un hijo sano con anterioridad. Además, debe someterse a todas las evaluaciones médicas que le sean reclamadas, y permitir el acceso a su historial médico. Con estos requerimientos no parece reconocerse un derecho a la mujer, sino que se le interpela a renunciar a varios derechos con el fin de asegurar el interés de los comitentes, que no el del menor que vaya a nacer. De hecho, el único atisbo de protección al menor aparece en el art. 8.2.d PL, por el cual los comitentes deberán acreditar su capacidad para someterse al contrato, pero no señala cómo se mediría su aptitud. El modelo del que dispone el ordenamiento jurídico español es el certificado de idoneidad que otorga la Entidad pública en los procesos de adopción: si esto fuera así, el procedimiento se alargaría, de manera que la norma fracasaría (otra vez) en su intento de regular los vientres de alquiler en España, porque lo que suele justificar la preferencia por adquirir un hijo en detrimento de la adopción es la dificultad del proceso.

Por otro lado, tampoco hay mención a las consecuencias para la mujer gestante si hubiera un incumplimiento del contrato, y de hecho la norma prevé que se mantengan los derechos reproductivos de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Si se propone un modelo altruista, no debería haber sanción si se diera, por ejemplo, un aborto, porque la compensación cubre los gastos causados por el embarazo, el

---

<sup>93</sup> ESCOBAR RIVAS (2019: 667-668) señala que, en Reino Unido, donde se reguló la maternidad subrogada altruista con la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, casi la mitad de los pactos de vientre de alquiler se celebraron en el extranjero, y en concreto en Estados donde impera el modelo comercial, como India o Estados Unidos, porque la legalización no supuso una oferta en el mercado suficiente para cubrir la demanda.

cual ha existido, de manera que no sería legítimo exigir ni devolución de la cuantía ni responsabilidad contractual. Con todo, la PL no ofrece especificación al respecto.

#### 5.4. El establecimiento de la filiación

La legalización de la maternidad subrogada en España exige un cambio en el sistema de filiación, por el cual la maternidad queda determinada por el parto, de acuerdo con el art. 10.2 LTRHA y el conjunto de normas registrales que regulan la inscripción de nacimiento del niño. La PL, de este modo, deroga de forma explícita en su Disposición derogatoria única el principio *mater semper certa est* consagrado en la LTRHA, e introduce un matiz que diferencia su propuesta del paradigma sobre gestación por sustitución altruista, que es el británico, por el cual la mujer debe dar su consentimiento para entregar al niño una vez se haya producido el parto. Así, el art. 11.2 PL dispone que no podrá establecerse en ningún caso un vínculo de filiación entre la gestante y el niño; por el contrario, el consentimiento prestado por la gestante antes del embarazo tiene carácter irrevocable<sup>94</sup>.

En este punto, resulta conveniente acudir al Derecho comparado con el fin de evitar conflictos que ya cuentan con resolución: es el caso de Portugal, donde la Ley 25/2016 reguló la cuestión de los vientres de alquiler. La norma lusa también preveía la irrevocabilidad del consentimiento de la gestante, la cual debía entregar necesariamente el niño a los comitentes. Este precepto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional portugués por lesionar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, argumentando que «la gestante no está en condiciones de anticipar y prever lo que va a ocurrir en las distintas fases en que se estructura todo el procedimiento [...] por lo que consentimiento prestado al inicio del proceso no puede tenerse nunca por suficientemente informado aun cuando se cumplan las previsiones contenidas en el art. 14 LPMA»<sup>95</sup>.

El modelo propuesto por Ciudadanos podría pasar por una circunstancia similar si llegara al control del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el hecho de que la gestante pueda cambiar de parecer y quedarse con el niño supone también un obstáculo para quienes deseen iniciar el trámite. Esta condición, añadida al reducido número de mujeres dispuestas a gestar sin retribución, implica la creación de una norma ineficaz en cuanto a su objeto, con independencia de los interrogantes éticos que pueda generar.

#### 6. Conclusiones

##### I

El legislador español consideró desde la primera regulación de las técnicas de reproducción asistida, en la LTRA de 1988, que una práctica como la que constituye la maternidad subrogada no podía tener cabida en el ordenamiento jurídico, y este planteamiento apoya su argumentación en un motivo, que es el atentado contra la dignidad de dos sujetos que conforman los contratos de vientre de alquiler: el niño adquirido, en cuanto es considerado en

---

<sup>94</sup> QUICIOS MOLINA (2019: 40).

<sup>95</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ (2020: 24).

sí mismo la prestación del acuerdo; y la mujer gestante, cuyo cuerpo queda segmentado en funciones orgánicas al servicio del mercado.

## II

A pesar de los impedimentos constituidos a nivel interno, la realidad es que uno de los derivados de la globalización, el turismo reproductivo, ha tenido un impacto profundo en la práctica jurídica, ya que es habitual que ciudadanos españoles acudan a países con normativas más beneficiosas para sus intereses, en los que pueden obtener el menor que desean y traerlo a su propio Estado. De esta forma, en la última década se han inscrito varios centenares de niños nacidos a través de vientre de alquiler en el extranjero, de modo que la práctica prohibida e incluso perseguida penalmente si tuviera lugar en España surte efectos plenos en territorio nacional.

## III

Si algo tienen en común las diversas corrientes de opinión surgidas alrededor de este hecho es una reivindicación de la regulación del vientre de alquiler, ya sea para legalizarlo o para impedir su realización. Partiendo de que la gestación subrogada está prohibida, no solo por el art. 10 LTRHA, sino como consecuencia del conjunto de normas que conforman el sistema de filiación español, ninguna de las posturas llega a una solución satisfactoria. Si optáramos por la admisión, el modelo no satisfaría a los comitentes; aun dejando de lado la carga ética del asunto, parece evidente que se vulneran derechos fundamentales, tanto en la esfera de la mujer como en la del menor, de modo que resulta difícil encontrar un encaje constitucionalmente válido de la maternidad subrogada.

## IV

La norma actual, en cambio, presenta un carácter prohibitivo que permanece intacto a pesar de la jurisprudencia del TEDH; la doctrina que sentó el Tribunal pretendía una conciliación entre el derecho del menor a una identidad y la nulidad de los contratos de vientre de alquiler. De este modo, instó a los Estados a facilitar una vía de reconocimiento de la filiación entre el niño y los comitentes a través del mecanismo legal disponible, que es la adopción. La inscripción del menor como hijo de los padres de intención se mantiene, pero el proceso es más arduo que la mera transcripción del documento extranjero de filiación.

## V

El Parlamento Europeo condenó en su Resolución de 17 de diciembre de 2015 la práctica de la maternidad subrogada y exigió medidas a los Estados para combatirla. Habida cuenta de que el TEDH estableció la exigencia de colocar al menor como sujeto central de todo el procedimiento, habrá que modelar una política común para salvaguardar el interés superior del menor, algo que ya han hecho tres Estados (España, Italia y Francia) a través del acomodo de los casos al reconocimiento de la filiación a través de la adopción, constituida como institución jurídica fundamental. La interpretación del concepto de interés del menor del TEDH será aplicable a tales supuestos, excluyendo otras lecturas que tiendan a apartar al niño de los comitentes por haber vulnerado la legalidad. Lo que queda, en definitiva, es un sistema que debe admitir los efectos del contrato de gestación subrogada, que es precisamente lo que los ordenamientos jurídicos denegaban.

## VI

La disuasión se convierte en la única herramienta disponible, y en ella tendrán que incidir las políticas de cada país; una vez más, la educación se alza como el recurso elemental para el fomento de los valores sobre los que se construye el ordenamiento jurídico, y en especial el que conforma la dignidad humana, con todos los matices que lleva consigo. En el plano cultural, a su vez, a menudo hallamos respuesta a las consecuencias de las posibilidades que ofrece la tecnología, y es conveniente acudir a estas fuentes. Una muestra perfecta aparece en la película *Blade Runner* (Ridley Scott, 1982), ambientada en un futuro distópico donde se comercializa con seres humanos creados de forma artificial. Entre todas las virtudes que se podrían enumerar de la cinta, en este contexto es necesario reflejar la expresión de una de sus protagonistas cuando conoce su origen y el sentido de su existencia como objeto de transacción: «*I am not in the business, I am the business*». Una práctica que en el cine se presenta como un atentado contra la persona puede ser extrapolable a la noción social en torno a la maternidad subrogada: las similitudes entre realidad y ficción son manifiestas, y a partir de ellas es posible extender una idea de dignidad que no puede ser compatible con ser convertido en objeto de negocio.

### 7. Bibliografía

ALCARAZ, H., “La gestación subrogada en Francia, paradojas y restricciones”, en *Revista general de derecho constitucional*, nº31, 2020.

ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (la llamada gestación por sustitución)*, 2018: Aranzadi, Pamplona.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “De nuevo sobre las madres de alquiler”, en *El Notario del siglo XXI*, nº27, 2009.

BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Hijos del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, 2017: Cátedra, Madrid.

BARBA, V., “Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, nº1, 2020, pp. 69-101.

BARBER CÁRCAMO, R., “La ‘legalización’ administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº739, 2013a, pp. 2905-2950.

— *La filiación en España: una visión crítica*, 2013b: Aranzadi, Pamplona.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, en *Revista Doctrinal Aranzadi: Civil-Mercantil*, nº3, 2009, pp. 1-3.

CARMONA CUENCA, E. y REDONDO SACEDA, L., “La gestación por sustitución en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista general de derecho constitucional*, nº31, 2020.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017.

DÍAZ CREGO, M., “La posición de los comitentes en el debate en torno a la gestación por sustitución: a vueltas con el supuesto derecho a tener hijos”, en *Revista general de derecho constitucional*, nº31, 2020.

ESCOBAR RIVAS, A. “Breves apuntes sobre la maternidad subrogada en Reino Unido”, en GARCÍA RUBIO, M.P. (dir.), AMMERMAN YEBRA, J. (coord.), GARCÍA GOLDAR, M. (coord.) y VARELA CASTRO, I. (coord.), *Mujer, maternidad y Derecho*, 2019: Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 663-668.

FARNÓS AMORÓS, E., “¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones”, en CASADO, M. (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, 2016: Universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 195-234.

FEMENÍA LÓPEZ, P.J., *La determinación de la filiación “en interés del menor”*. “Turismo reproductivo” y nuevos modelos de familia, 2019: Dykinson, Madrid.

GARCÍA RUBIO, M.P. y HERRERO OVIEDO, M., “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº52, 2018, pp. 67-89.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., “Incertidumbres y algunas certezas sobre la gestación subrogada en Portugal: descripción normativa y respuestas jurisprudenciales”, en *Revista general de derecho constitucional*, nº31, 2020.

LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 2013: Universitat de Barcelona, Barcelona.

NANCLARES VALLE, J., “El interés superior del menor en la gestación por sustitución”, en *Revista general de derecho constitucional*, nº31, 2020.

QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, 2018: Tecnos, Madrid, pp. 185-227.

— “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, en *Revista de derecho privado*, año 103, mes 1, 2019, pp. 3-46.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, en *Anuario de derecho civil*, vol. 50, nº1, 1997, pp. 5-96.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., “Derecho civil y gestación subrogada”, en GARCÍA RUBIO, M.P. (dir.), AMMERMAN YEBRA, J. (coord.), GARCÍA GOLDAR, M. (coord.) y VARELA CASTRO, I. (coord.), *Mujer, maternidad y Derecho*, 2019: Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 749-765.

VAQUERO PINTO, M.J., “¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Retos actuales de la filiación*, 2018: Tecnos, Madrid, pp. 229-268.

VILAR GONZÁLEZ, S., *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, 2018: Wolters-Kluwer, Madrid.

## **NORMAS CITADAS**

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros que deban surtir efectos en otro país firmante del mismo.

Constitución Española de 1978.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

## **JURISPRUDENCIA**

STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

STEDH 65192/11, de 26 de junio de 2014.

STEDH 65941/11, de 26 de junio de 2014.

STEDH 25358/12, de 27 de enero de 2015.

STEDH 25358/12, de 24 de enero de 2017.

## **DOCTRINA REGISTRAL**

RDGRN 1/2017, de 27 de octubre de 2017.

RDGRN 2/2017, de 10 de noviembre de 2017.

RDGRN 3/2017, de 10 de noviembre de 2017.

RDGRN 27/2018, de 6 de abril de 2018.

RDGRN 27/2018, de 18 de mayo de 2018.

RDGRN 36/2018, de 6 de abril de 2018.